

فقه

المعاوضات والتوثيقات

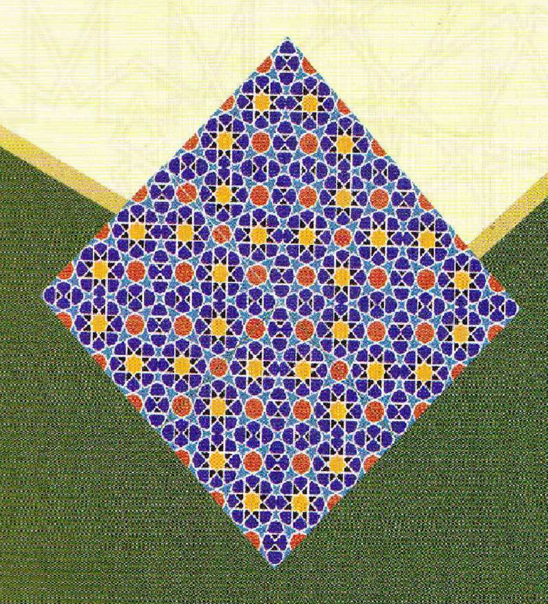
تأليف

الأستاذ الدكتور
ماجد محمد أبو رخية

الأستاذ الدكتور
شويش هزاع المحاميد

الأستاذ الدكتور
محمد محمود الطلافحة

الأستاذ الدكتور
أحمد الصويعي شليبك



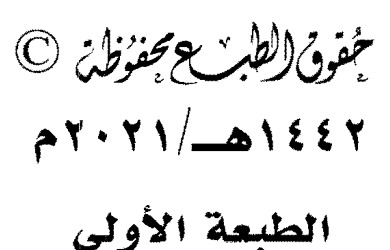


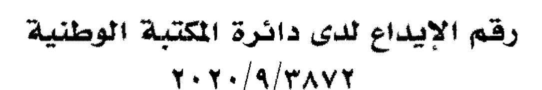
دار النفائس
للنشر والتوزيع


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

فقه

المعاوضات والتوثيقات




رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
٢٠٢٠/٩/٣٨٧٢

٢٧٣.٢١١٢
أبو رخية، ماجد
فقه المعاوضات والتوثيقات/ماجد أبو رخية... [وآخرون]. - عمان- دار النفائس للنشر والتوزيع، ٢٠٢٠.
() ص.
ر. إ.: ٣٨٧٢/ ٩/ ٢٠٢٠
الواصفات: /فقه المعاوضات//فقه التوثيقات//المعاملات المالية//فقه العقود//الفقه الإسلامي/



العبدلي - مقابل مركز جوهرة القدس
ص.ب ٩٢٧٥١١ عمان ١١١٩٠ الأردن
هاتف: ٠٠٩٦٢ ٦ ٥٦٩٣٩٤٠
فاكس: ٠٠٩٦٢ ٦ ٥٦٩٣٩٤٠
Email: alnafaes@hotmail.com
www.al-nafaes.com



فقه

المعاوضات والتوثيقات

تأليف

الأستاذ الدكتور

ماجد محمد أبو رخية

الأستاذ الدكتور

شويش هزاع المحاميد

الأستاذ الدكتور

أحمد الصويعي شليبك

الأستاذ الدكتور

محمد محمود الطلافحة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

هذا الكتاب

يعد هذا الكتاب إضافة نوعية في فقه المعاوضات والتبرعات من حيث تكامل المواضيع وتناسقها وطريقة عرضها.

فهذا الكتاب مستوف لخطة المادة الجامعية وجامع بين الأصالة والمعاصرة في موضوعاته وبين الأحكام الفقهية والتطبيق القانوني المعمول به مراع المذاهب السنية الأربعة المتبعة.

ويأمل المؤلفون أن يسد ثغرة في المكتبة الإسلامية وأن يحقق الغايات العلمية لهذه المادة.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين- الحمد لله الواحد الأحد الفرد الصمد الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد وأفضل الصلاة وأتم التسليم على النبي الهادي الأمين سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واتبع خطاه إلى يوم الدين وبعد:

فإن الاشتغال بفقه المعاملات المالية، وبذل الجهد في فهم أحكامه، واستنباط ضوابطه يعد من ضرورات الحياة.

ويعد واجباً شرعياً ينبغي العناية به وشحذ الهمم له، خاصة في زمن أصبح المال فيه عصب الحياة. وأصبح الناس بحاجة إلى معرفة الأحكام المتعلقة به تجنباً للوقوع فيما حرمه الله عز وجل وفيما حرمه الرسول عليه الصلاة والسلام.

وأول ما اعتنى به المسلمون من بحوث المعاملات عقد البيع، فهو أول عقد حظي بالدراسة، لأنه أهمها وأشهرها، فقد أحله الله عز وجل بقوله: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وبقوله سبحانه: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

ولما كانت الكتب المتعلقة بهذا الجانب قديماً وحديثاً تتناول الموضوع بمعزل عما عليه العمل في القانون المدني الأردني، ولما لمسناه من حاجة الدارسين والباحثين إلى كتاب منهجي ميسر يجمع بين الأصالة والمعاصرة، وللحاجة الماسة إلى كتاب جامعي يغطي المنهاج المقرر

فقد قمنا بتأليف هذا الكتاب جمعنا فيه بين أقوال أصحاب المذاهب الفقهية وعدد من الفقهاء المعاصرين، وإتماماً للفائدة وحتى يكون الدارس على علم ودراية بما عليه العمل وبما هو مطبق في الواقع فقد تضمن هذا الكتاب بياناً لما عليه العمل في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة١٩٧٦ م وتعديلاته وقد عمدنا في

هذا الكتاب إلى مراعاة الجمع بين سهولة العبارة الفقهية ووضوحها وسلامة عرضها دون تطويل ممل أو اختصار مخل، ومراعاة الزمن المقرر لتدريس هذا المساق وهو فصل دراسي واحد فقط.

حيث جاء متضمناً مقدمة وتمهيدا وبابين وخاتمة على النحو التالي:

تمهيد: التعريف بالمال وتقسيماته، وبالملك وتقسيماته.

الباب الأول: فقه المعاوضات ويتضمن ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول : مكانة عقود المعاوضات في فقه المعاملات ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول : معنى فقه المعاملات والأسس التي يقوم عليها.

المبحث الثاني: التعريف بالعقد، وأنواعه، وخصائص المعاوضات والفرق بينها وبين التوثيقات

الفصل الثاني: عقد البيع: ويتضمن أربعة المباحث

المبحث الأول: تعريف عقد البيع ومشروعيته

المبحث الثاني: أركان عقد البيع وشروطه

المبحث الثالث: أقسام عقد البيع

المبحث الرابع: خيارات البيع

الفصل الثالث: من عقود المعاوضات ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: الربا وعقد الصرف والعينة

المبحث الثاني: بيع العربون وبيع المرابحة.

المبحث الثالث: عقد السلم

المبحث الرابع: عقد الاستصناع

المبحث الخامس: عقد الإجارة

المبحث السادس: عقد الجعالة

المحث السابع: عقد الشفعة

الباب الثاني: فقه التوثيقات

ويحتوي على تمهيد وفصلين

تمهيد في بيان معنى التوثيقات وخصائصها

الفصل الأول: عقود التوثيقات ويتضمن ثلاثة مباحث

المبحث الأول: عقد الرهن

المبحث الثاني: عقد الكفالة

المبحث الثالث: عقد الحوالة

الفصل الثاني: عقود التوثيقات المعاصرة

المبحث الأول: الرهن الحيازي والتأميني

المبحث الثاني: أخذ الأجرة على الكفالة

نسأل الله العلي القدير أن نكون قد وفقنا لعرض ما جاء فيه من مواضيع ومباحث. ولنا رجاء من كل قارئ له موافاتنا بمواطن الخطأ والزلل، إن وجدت، ورحم الله من أهدى إلينا عيوبنا، ونحن له من الشاكرين.

﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنتَ الْوَهَّابُ ۝٨﴾ [آل عمران: ٨]

والحمد لله رب العالمين

المؤلفون

الباب الأول

فقه المعاوضات

ويتضمن ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: مكانة عقود المعاوضات في فقه المعاملات

المبحث الأول: معنى فقه المعاملات والأسس التي يقوم عليها.

المبحث الثاني: التعريف بالعقد، وأنواعه، وخصائص المعاوضات والفرق بينها وبين التوثيقات

الفصل الثاني: عقد البيع: ويتضمن أربعة المباحث

المبحث الأول: تعريف عقد البيع ومشروعيته

المبحث الثاني: أركان عقد البيع وشروطه

المبحث الثالث: أقسام عقد البيع

المبحث الرابع: خيارات البيع

الفصل الثالث: من عقود المعاوضات ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: الربا والصرف والعينة

المبحث الثاني: المرابحة والعربون

المبحث الثالث: عقد السلم

المبحث الرابع: عقد الاستصناع

المبحث الخامس: عقد الإجارة

المبحث السادس: عقد الجعالة

المبحث السابع: عقد الشفعة



الفصل الأول

مكانة عقود المعاوضات في فقه المعاملات

التمهيد: التعريف بالمال وتقسيماته، والملك وتقسيماته

أولا: المعنى اللغوي للمال:

المال في اللغة: معروف وهو كل ما ملكته من جميع الأشياء [١].

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للمال:

للفقهاء اتجاهان في بيان المعنى الاصطلاحي للمال [٢]، وهما:

الاتجاه الأول: ويمثله الحنفية، ومن أشهر تعريفات المال عندهم: (ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة) [٣].

فلا يعد من الاموال عند الحنفية ما لا يميل إليه طبع الانسان كالسموم، وما لا يمكن ادخاره كالخضروات مثلاً[٤]، وكذلك المنافع والحقوق فلا تعد أموالاً عندهم لاشتراطهم في المال أن يكون عيناً مادية[٥].

والاتجاه الثاني: ويمثله جمهور الفقهاء، حيث يرون المال ما كان له قيمة مادية بين الناس ويباح الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار[٦].

فالجمهور يعدون المال إذا كان له قيمة مادية بين الناس ويباح الانتفاع به شرعاً

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، جذر مول.

(٢) زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص١٨٣ ، شبير ، المدخل الى فقه المعاملات المالية ، ص٦٨ شواط، وحميش، فقه العقود المالية، ص١٤ .

(٣) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، (٤/ ٣).

(٤) زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص١٨٣ .

(٥) شبير ، المدخل الى فقه المعاملات المالية ، ص٦٨ .

(٦) المرجع السابق، ص٦٩.

في الأحوال العادية.[١]

ومحل الاختلاف بين الاتجاهين يتضح من خلال نقطتين، هما [٢]:

النقطة الأولى: جمهور الفقهاء اشترطوا في المال أن يباح الانتفاع به شرعاً في الأحوال العادية، ولم يشترطه الحنفية.

النقطة الثانية: الحنفية اشترطوا في المال أن يكون عيناً مادية، ولم يشترطه الجمهور فالمال عندهم تدخل فيه المنافع والحقوق.

ثالثاً: معنى المال في القانون المدني الأردني:

عرف القانون المدني الأردني المال في المادة (٥٣) بأنه (كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل).

رابعاً: تقسيمات المال:

يقسم المال الى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة، ويترتب على كل تقسيم آثار فقهية، ومن أهم هذه التقسيمات:

١. تقسيم المال باعتبار إباحة الانتفاع به وعدمه : المال المتقوم و المال غير المتقوم[٣]:

أ-المال المتقوم : وهو ما صار في حيازة الانسان،وأباح الشرع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار(الظروف العادية)،

ب-المال غير المتقوم: وهو ما لم يتوافر فيه الأمران (الحيازة وجواز الانتفاع به في حالة السعة والاختيار) أو لم يتوافر فيه أحد الأمرين كالخمر في حق المسلم.

---

(١) شبير ، المدخل الى فقه المعاملات المالية ، ص٦٩.

(٢) المرجع السابق نفسه، الصفحة نفسها.

(٣) زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص١٨٦ ، شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية، ص٨٦.

ثمرة تقسيم المال إلى متقوم وغير متقوم تظهر في الأحكام الفقهية الآتية[١]:

أولاً: الضمان عند الإتلاف:

إذا كان المال متقومًا واعتدى عليه شخص فأتلفه، لزمه الضمان لمالكه؛ مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميًا. أما إذا كان المال غير متقوم فلا يلزم متلفه ضمان .

ثانياً: صحة التعاقد عليه وعدمها :

المال المتقوم يصح أن يكون محلا لجميع العقود، كالبيع والإجارة، أما المال غير المتقوم فلا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود.

٢. تقسيم المال من حيث استقراره في محله وعدم استقراره: العقار والمنقول[٢]

العقار : هناك اتجاهان في تحديد معنى العقار والمنقول، أحدهما لجمهور الفقهاء والآخر للمالكية وفيما يلي البيان:

الاتجاه الأول: اتجاه جمهور الفقهاء الذي يرى أن العقار: هو الثابت هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله، وهو يصدق على الارض خاصة ولا تدخل فيه الأبنية والأشجار، والمنقول: ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، سواء بقي على هيئته وصورته أم لم يبق بأن تغيّر.

الاتجاه الثاني : ويمثله المالكية فالعقار عندهم: ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر أصلا كالأرض ،أو أمكن نقه وتحويله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل فيتناول أيضا البناء والغرس.

والمنقول: ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله: كالسيارات و الآلات.

(١) المرجعان السابقان، زيدان، ص١٨٧ ، شبير،ص٨٨.

(٢) المرجعان السابقان ، زيدان،ص١٨٨ ، شبير ص٩٢ .

وعليه: فالمالكية توسعوا في مفهوم العقار وضيقوا في مفهوم المنقول بخلاف الجمهور الذين ضيقوا في مفهوم العقار وتوسعوا في مفهوم المنقول.

الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى عقار ومنقول[1] :

١-الشفعة : وهى عبارة عن تملك العقار المبيع قهرًا وجبرًا عن المشترى والبائع. والشفعة لا تكون إلا في العقارات، ولا تثبت في المنقول إلا تبعا للعقار.

٢-حقوق الارتفاق : وهى حق المجرى والشرب والمسيل والمرور، هذه الحقوق لا تثبت إلا على العقار. وكذا حقوق الجوار.

٣-الوقف : اتفق الفقهاء على جواز وقف العقار، أما المنقول فذهب أكثر الحنفية إلى عدم جواز وقف المنقول إلا اذا كان المنقول تبعا للعقار، أو دل الشرع على وقفه كوقف السلاح للمجاهدين، أو دل العرف على وقفه كوقف المصاحف والكتب.

وذهب جمهور الفقهاء إلى جواز وقف المنقول مطلقا، فلا فرق عندهم بين وقف العقار ووقف المنقول.

٤-عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولا فإذا لم يف بيع عقاره.

٣. تقسيم المال باعتبار تماثل آحاده وأفراده[2]: **المثلي والقيمي**:

أولاً: المال المثلي: هو ماله مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه.

والأموال المثلية أربعة أنواع هي :

١- المكيلات : وهى الأموال التي تقدر بالكيل، كالبر والشعير.

٢- الموزونات : وهى الأموال التي تقدر بالوزن، كالذهب والفضة.

---

(١) المرجعان السابقان ، زيدان ،ص ١٨٨ ، شبير ص٩٢.

(٢) شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية ، ص٨٩ وما بعدها.

٣- المعدودات : وهى الأموال التي تقدر بالعدد، كالبيض.

٤- الذرعيات : وهى الأموال التي تقاس بالذراع، كالأقمشة والسجاد.

ثانياً: المال القيمي : هو ما تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به، أو لا تتفاوت الآحاد ولكن لا نظير لها في السوق كالعقارات من الأراضي والحيوانات بجميع أنواعها ومن الجدير بالذكر: أنه قد يتحول المال المثلي إلى مال قيمي في الأحوال الآتية: التعيب والاستعمال أو الانقطاع من السوق: فإذا تعيب المال المثلي أو استعمل، أو إذا انقطع وجود المثلي من الأسواق أنقلب قيميًا.

ثمرة تقسيم المال إلى مثلي وقيمي تظهر في الأحكام الفقهية الاتية[1] :

١- الإتلاف والضمان: إذا تعدى شخص على مال غيره فأتلفه، فإن كان المال مثليا، وجب مثله ما دام موجودا في السوق، أما إذا انقطع المثل من أيدي الناس فتجب القيمة لتعذر رد المثل.

٢- الثبوت في الذمة : فالمال المثلي يصح أن يكون دينا متعلقا بالذمة، فيجب على الملتزم به وفاء دينه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنسا وصفة. أما إذا كان المال قيميًا، ففي قبوله الثبوت في الذمة محل اختلاف بين الفقهاء.

٣- القسمة: تدخل القسمة جبرا في المال المثلى المشترك، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذنه، أما القيمي، فلا تدخل فيه القسمة الجبرية للتفاوت بين النصيبين.

٤.تقسيم المال بحسب بقاء عينه أو عدم بقائها بمجرد الاستعمال [2] : المال الاستعمالي والمال الاستهلاكي:

١- المال الاستعمالي : هو ما يمكن الانتفاع به عادة مع بقاء عينه، كالعقارات

---

(١)زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ص١٨٨ ، شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية ، ص٩٢.

(٢) شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية، ص١٠٠.

والثياب والسيارات.

٢-المال الاستهلاكي : هو الذي لا يمكن الانتفاع به عادة إلا باستهلاك عينه، كالمأكولات والمشروبات.

ثمرة تقسيم المال الى المال الاستعمالي والمال الاستهلاكي تظهرفي قابلية الأموال لبعض العقود وعدم قابليتها في الفقه الإسلامي. فالأموال الاستهلاكية : لا تقبل أن ترد عليها العقود موضوعها الاستعمال دون الاستهلاك كعقد الإجارة والاعارة . أما الأموال الإستعمالية : فلا تقبل العقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال كالقرض.(١)

٥. تقسيم المال باعتبار كونه معدا للاستثمار أم لا(٢):

١- المال النامي: هو المال المعد للاستثمار، سواء بطبيعته (النماء الحقيقي) كالذهب والفضة أم بفعل الإنسان (النماء الحكمي)، وذلك مثل: عروض التجارة فهي معدّة للاستثمار بفعل الإنسان.

٢- المال غير النامي: هو المال الغير معد للاستثمار، والذي يتخذه الانسان للاستعمال الشخصي، وذلك كحاجات الإنسان من مأكل وملبس ومسكن ونحو ذلك.

ثمرة تقسيم المال إلى المال النامي، والمال غير النامي (٣): الزكاة تجب في المال النامي، دون المال غير النامي (كالسيارات التي تتخذها العائلة لقضاء حوائجهم الخاصة).

---

(١) شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية، ص٩٦.

(٢)المرجع السابق نفسه، ص١٠٠.

(٣) المرجع السابق نفسه ص١٠١و١٠٢.

٦. تقسيم المال باعتبار ظهوره وخفائه[١]: المال الظاهر، والمال الباطن:

١-المال الظاهر: وهو المال الذي يمكن معرفته وإحصاؤه ولا يمكن إخفاؤه: مثل الزروع والثمار والأنعام.

٢-المال الباطن: وهو المال الذي لا يمكن معرفته وإحصاؤه ويمكن إخفاؤه: مثل النقود وعروض التجارة.

ثمرة تقسيم المال إلى المال الظاهر، والمال الباطن:[٢] تظهر في جمع ولي الامر لزكاة الاموال الظاهرة دون الاموال الباطنة التي يتولى أصحابها توزيعها.

خامساً: المعنى اللغوي للملك:

الملك في اللغة: هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به، أي الانفراد بالتصرف فيه[٣].

سادساً: المعنى الاصطلاحي للملك:

الملك: اختصاص بالشيء يمكّن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به، والتصرف فيه ابتداء عند عدم المانع شرعي[٤].

وخرج بقيد (ابتداء): تصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره، ويقصد بالمانع الشرعي (الجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها)[٥].

---

(١) المرجع السابق نفسه ، ص٩٨.

(٢) المرجع السابق نفسه، ص٩٩.

(٣) ابن منظور ، لسان العرب ، جذر مول.

(٤) زيدان ، المدخل الى الشريعة الاسلامية،ص١٨٩ .

(٥) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ويعتبر لفظ (الملك) من أكثر الألفاظ شيوعا في الدلالة على الملكية، وهي العلاقة الشرعية بين الانسان والمال تجعله مختصا به، ويتصرف فيه بكل الطرق وفق ضوابط الشرع عند تحقق أهليته الشرعية[١].

سابعاً: قابلية المال للتملك:

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل للتملك، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع[٢]:

١ - ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحال: وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها. فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة. فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية، وهي قابلية التملك، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه.

٢ - ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي: كالأموال الموقوفة فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا لمصلحة راجحة اقتضت ذلك

٣-ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقا: كل ما عدا النوعين السابقين من أنواع المال.

ثامناً: تقسيمات الملك:

ينقسم الملك الى تقسيمات مختلفة باعتبارات متعددة ، وفيما يأتي بيانها[٣]:

أولاً: ينقسم الملك باعتبار محل التصرف الى قسمين: ١- الملك التام ٢-الملك الناقص.

---

(١) زيدان ، المدخل الى الشريعة الاسلامية، ص١٨٩، شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية، ص١١٧، شواط وحميش، فقه العقود المالية، ص٢٥٩.

(٢) زيدان ، المدخل الى الشريعة الاسلامية، ص١٩٠، شواط وحميش، فقه العقود المالية، ص٢٥٩ وما بعدها.

(٣) زيدان ، المدخل الى الشريعة الاسلامية، ص١٩٠، شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية، ص١٢١، شواط وحميش، فقه العقود المالية، ص٢٦٠.

١.الملك التام: هو ملك عين الشيء ومنفعته معاً، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق الشرعية.

ومن أهم خصائصه: أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً، ولا يقبل الإسقاط (أي جعل الشيء بلا مالك)، ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة .

٢. الملك الناقص: هو الملك الذي لا يجتمع فيه ملك العين ومنفعتها، وبعبارة أخرى ، ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها. ففي عقد الايجار يملك المؤجر العين ولا يملك المنفعة، والمستأجر يملك المنفعة ولا يملك العين.

ثانياً: ينقسم الملك باعتبار المالك الى قسمين: ا. الملك الخاص ٢. الملك العام[١].

١.الملك الخاص(الفردي): وهو الذي يكون صاحبه فردا مستقلا أو مجموعة من الأفراد على سبيل المشاركة.

٢.الملك العام (الجماعي): وهو الذي يكون صاحبه مجموع الأمة، فيكون المال مخصصا لمصلحة عموم الناس كأملاك بيت مال الدولة.

---

(١) شبير، المدخل الى فقه المعاملات المالية، ص١٢٥ و١٢٦ .

المبحث الأول

في بيان معنى فقه المعاملات والأسس التي يقوم عليها

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: في بيان فقه المعاملات

فقه المعاملات مركب إضافي مكون من مضاف (الفقه) ومضاف إليه (المعاملات)، وكل مركب حتى نتعرف عليه بوضوح فلا بد من معرفة ما يتركب منه:

أ - تعريف الفقه:

الفقه لغة: هو العلم بالشيء والفهم له والفطنة، وقيل: هو الفهم الدقيق الذي يحتاج إلى نظر وإعمال[1] فكر.

قال ابن القيم: « الفقه أخص من الفهم ؛ لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ من اللغة »[2].

أما الفقه اصطلاحاً: فهو معرفة الحكم بدليل أو هو معرفة الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها الشرعية[3].

وهو بهذا التعريف شامل لأحكام العبادات من صلاة وصوم وحج وزكاة وأحكام المناكحات من زواج وطلاق كما أنه شامل للأحكام المتعلقة بتعامل الناس بعضهم مع بعض في الأموال والحقوق « المعاملات ».

---

(١) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، مادة (فقه) ، الجرجاني ، التعريفات ، ص ١٧٥.

(٢) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين ١/ ٢١٩ .

(٣) الجرجاني، التعريفات، ص ١٧٥ ، طهماز عبدالحميد، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد ١/ ٩.

ب- تعريف المعاملات:

المعاملات لغة : جمع معاملة ، وهي مأخوذة من عاملت الرجل أعامله معاملة .

وأما المعاملات اصطلاحاً فإنها تعني الأحكام المتعلقة بالجانب العملي التطبيقي الذي يعيشه الأفراد وهم يتعاملون مع بعضهم فيما يختص بالأمور المالية والحقوق المترتبة عليها من بيع وشراء ووديعة وهبة ووصية ووقف وميراث وحوالة وكفالة ورهن وإجارة ... إلخ .

وقد عرف زميلنا د. شبير المعاملات بأنها « الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال » ثم قال : « وهي تشمل المعاوضات من بيع وإجارة والتبرعات من هبة ووقف ووصية، والإسقاطات كالإبراء من الدين والمشاركات والتوثيقات من رهن وكفالة وحوالة »(١)

المطلب الثاني : الأسس التي يقوم عليها فقه المعاملات

١ - الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يرد دليل على خلاف ذلك :

المعروف عند الفقهاء أن العبادات غير معللة وأن الأصل فيها الاتباع لا الابتداع لأنها توقيفية وأنه لايشرع فيها شيء إلا بنص .

وأما المعاملات فالأصل فيها أنه معللة بمصالح العباد ؛ لأنه متعلقة بعلاقات الأفراد بعضهم ببعض وهذه العلاقة تقوي الروابط ، وتحقق المصالح ، والأصل فيها الحل والإباحة ما لم يرد نص حاظر وما عليه العلماء أنه حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله .

يقول ابن تيمية : « والأصل في هذا أنه لايحرم على الناس من المعاملات التي

---

(١) شبير ، المعاملات المالية المعاصرة ص ١٠ .

يحتاجون إليها إلا ما دلّ الكتاب والسنة على تحريمه كما لايشرع لهم من العبادات التي يتقربون بها إلى الله إلا ما دلّ الكتاب والسنة على شرعه إذ الدين ما شرعه الله والحرام ما حرمه الله »[١] .

« وإذا كان الأصل في مجال العبادات أن لايشرع فيها شيء إلا بنص آمر أو ناه أو مبيح فإن الأصل في أبواب المعاملات المالية ، وصنوف الأدوات الاستثمارية الإباحة ما لم يرد دليل شرعي حاظر ، ومن المعلوم أن نصوص الكتاب والسنة لم تأت إلا بالخطوط العريضة فيها ، والمبادئ والكليات التي تنتظمها وتركت أمر التفريع فيها والتوسيع والابتكار إلى الاجتهاد في ظل الحاجات الإنسانية المتجددة والمصالح الراجحة، والأعراف السائدة، ومتغيرات الظروف والأحوال في الأزمنة والأمكنة»[٢].

ومما لاشك فيه أن هذا الأساس يعطينا مرونة في التعامل ويؤدي بنا إلى الاستفادة من المستجدات المتلاحقة في مجال المعاملات مما ييسر على الناس سبل التعامل ويبعدهم عن الوقوع في الحرج الناجم عن الجمود على نمط واحد من أنماط التعامل الأمر الذي لايحقق مقصد الشارع الحكيم في التيسير والتخفيف ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ ﴾ [البقرة: ١٨٥].

٢ – المعاملات في الفقه الإسلامي قائمة على أساس حرمة أموال الغير، ووجوب الوفاء بالعقود والعهود، وهذا الأساس يحرم معه الغش والخداع والاحتكار، وكل أنواع الظلم المالي، ومن شأنه إشعار المسلم أنه يتعامل مع الله أولاً قبل أن يتعامل مع العباد ، وهذا الشعور بحد ذاته كفيل بتهذيب النفوس وكفيل بالقضاء على حالات الظلم والفساد الناجمة عن سوء التعامل.

يقول تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١].

---

(١) ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ٢٨/ ٣٨٦ .

(٢) حماد نزيه ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، ص ١٣ .

﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

ويقول عليه الصلاة والسلام: «لايحتكر إلا خاطئ»[١] والخاطئ هو المذنب العاصي. ويقول ﷺ في الحديث الذي يرويه عمرو بن يثربي بقوله : خطبنا رسول الله ﷺ فقال:« ألا ولا يحل لامرئ من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه »[٢] .

ويقول ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه : « من غش فليس منا »[٣] .

٣ – المعاملات في الفقه الإسلامي قائمة على اليسر والسماحة وحسن التقاضي أخذا وأداء.

يقول تعالى: ﴿ وَيَـٰقَوْمِ أَوْفُوا۟ ٱلْمِكْيَالَ وَٱلْمِيزَانَ بِٱلْقِسْطِ ۖ وَلَا تَبْخَسُوا۟ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ ﴾ [هود: ٨٥].

ويقول تعالى: ﴿ وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكْتَالُوا۟ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ۝٣ ﴾ [المطففين: ١ – ٣].

ويقول ﷺ في حديث جابر رضي الله عنه : « رحم الله رجلاً سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى »[٤] .

وعن أبي مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « حوسب رجل ممن كان قبلكم فلم يوجد له من الخير شيء إلا أنه يخالط الناس وكان موسراً وكان يأمر غلمانه أن

---

(١) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة ، باب : تحريم الاحتكار ، ح(١٦٠٥) .

(٢) ابن حنبل ، الإمام أحمد ، المسند مع حاشية السندي ٥/ ٧٢،حديث رقم(٢١٠٨٢) والحديث صحيح.

(٣) الترمذي، جامع الترمذي، كتاب البيوع، باب: ماجاء في كراهية الغش في البيوع،ح(١٣١٥)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: السهولة والسماحة في البيع والشراء، ح(٢٠٧٦).

يتجاوزوا عن المعسر قال الله عزوجل : نحن أحق بذلك منه تجاوزوا عنه »[١].

٤ – فقه المعاملات قائم على أساس الجمع بين الثبات والمرونة .

الناظر في فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية يدرك بوضوح أن بعض الأحكام تتعلق بالأسس وهذه أحكام ثابتة لاتتغير مثل حرمة الربا والغش والاحتكار ونحوها.

وإن بعض الأحكام تتعلق بالوسائل أو تكون مبنية على العرف والمصلحة ، وهذه أحكام قابلة للتغيير تبعاً لما يستجد من وسائل وتبعاً لتغير الأعراف، فعلى سبيل المثال كان نظام المقايضة في عمليات البيع والشراء سائداً يوما ما وكان التعامل بالدينار الذهبي والدرهم الفضي سائداً أو قائماً بين الناس ، ثم تغيرت الأحوال وتغيرت أساليب التعامل فانقرض نظام المقايضة واستبدلت العملة الذهبية والفضية بالأوراق النقدية « وإن معرفة الثابت والمتغير في فقه المعاملات تعين الفقيه المعاصر في الحكم على المعاملات المعاصرة والصور المستحدثة »[٢].

ولعل من المستجدات الحديثة في عقود المعاملات كثرة الشروط التي تتضمنها العقود فلاينبغي أن يضيق واسع في هذا المجال ، فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالا أو أحلّ حراماً[٣] ولعل في فقه الحنابلة ونظرتهم إلى الشروط المقترنة بالعقد ما يستوعب كل جديد لا يخالف نصاً، أو يخرم قاعدة.

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب: فضل إنظار المعسر، ح(١٥٦١).

(٢) شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٥٤ .

(٣) الترمذي، جامع الترمذي، كتاب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ح(١٣٥٢)، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

المبحث الثاني

التعريف بالعقد، والألفاظ ذات الصلة به، وأنواعه، وخصائص المعاوضات والفرق بينها وبين التوثيقات

ويتضمن ما يلي :

المطلب الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً وقانوناً

أ – **تعريف العقد لغة** : العقد لغة كلمة تطلق على معان تدور كلها حول الربط سواء كان الربط حسياً مثل عقدت الحبل ، أو معنوياً مثل عقدت البيع ، ومن هذه المعاني الربط والشد والإحكام والتقوية والجمع بين أطراف الشيء .

جاء في المصباح المنير : « عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فانعقد ، والعقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل : عقدت البيع وعقدت اليمين وعقدتها – بالتشديد – توكيد ، ومعقد الشيء موضع عقده ، وعقدة النكاح وغيره إحكامه وإبرامه »(١) .

يقول الشوكاني : « العقود العهود ، وأصل العقود الربوط واحدها عقد ، يقال : عقدت الحبل والعهد فهو يستعمل في الأجسام والمعاني وإذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الإحكام والتوثيق »(٢) .

ويطلق العقد على كل ما يعقده الشخص فيلزم نفسه ويربطها به أو يلزم غيره فيربطه به، ومنه قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة: ١]، قال الزجاج: «هي أوكد العهود، يقال: عاقدت فلاناً وعقدت عليه أي ألزمته ذلك باستيثاق ، وأصله من عقد الشيء بغيره ووصله به كما يعقد الحبل بالحبل إذا وصل »(٣) .

---

(١) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، الفيومي ، المصباح المنير ، مادة (عقد) .

(٢) الشوكاني ، فتح القدير ٢/ ٣ .

(٣) البغوي ، معالم التنزيل ، ص ٣٥٤ .

من كل ما سبق يتبين لنا أن العقد في اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط والتوثيق والالتزام سواء كان ذلك من جانبين أو من جانب واحد .

ب- تعريف العقد اصطلاحاً :

يطلق العقد عند الفقهاء ويراد به معنيان :

المعنى الخاص للعقد : عرفت مجلة الأحكام العدلية العقد بهذا المعنى في المادة (١٠٣) بأنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله » .

وهذا المعنى الخاص للعقد هو المعنى الشائع عند الفقهاء فهم في الغالب لا يطلقونه إلا على الالتزامات الشرعية التي تصدر عن طرفين كالبيع والإجارة ونحو ذلك[١] .

المعنى العام للعقد : يعرف العقد بهذا المعنى على أنه تصرف ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من شخص واحد كاليمين والوقف أو من شخصين كالبيع والإجارة والرهن ونحو ذلك[٢]

ومن هذا الاطلاق العام قول الألوسي في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] حيث قال: « المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به »[٣] .

والحقيقة أن إطلاق العقد على الالتزام الصادر من طرفين هو المشهور وهو أولى وهو ما عليه إجماع الفقهاء ، أما إطلاقه على الالتزام الناشيء من طرف واحد فقد

---

(١) جميل هاشم ، التيسير في فقه المعاملات ، مذكرة ، ص ١٦ .

(٢) جميل هاشم ، المصدر السابق ، ص ١٦ .

(٣) الألوسي ، روح المعاني ٦/ ٤٨ ، نقلاً عن الموسوعة الفقهية ، مادة (عقد) .

قال به بعض الفقهاء وبعضهم لا يسمونه عقداً[1] .

والعقد بمعناه الخاص عبارة عن ربط أو اتفاق بين إرادتين ، ولما كانت هاتان الإرادتان غير ظاهرتين فقد عبر عنهما بالإيجاب والقبول ، وهما اللفظان الظاهران المعبران عن الإرادة الداخلية للمتعاقدين .

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما   جعل اللسان على الفؤاد دليلا

والإيجاب في المشهور هو الكلام الصادر عن أول المتعاقدين والقبول هو الكلام الصادر عن المتعاقد الآخر، وهذا رأي الحنفية[2] .

وبهذا المفهوم أخذ القانون المدني الأردني حيث نصت الفقرة (أ) من المادة (٩٠) على ما يلي: «الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول» .

فقول البائع – على سبيل المثال – : بعتك هذه السيارة ، يسمى إيجاباً ، وقول المشتري: اشتريت منك أو اشتريت هذه السيارة ، رداً على كلام البائع يسمى قبولاً .

ومتى صدر الإيجاب والقبول بتوافر شروط المتعاقدين حصل الارتباط وانعقد العقد وترتبت عليه آثاره، وهي في مثالنا إلزام البائع بتسليم السيارة ونقل ملكيتها للمشتري، واستحقاق البائع لثمن السيارة حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد .

ج- تعريف العقد قانوناً :

عرف العقد في القانون المدني الأردني في المادة (٨٧) بأنه «العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر» .

---

(١) القليصي ، فقه المعاملات المالية ١/ ١٥ .

(٢) الهروي ، فتح باب العناية ٢/ ٥ .

وهذا التعريف مصدره مجلة الأحكام العدلية وحاشية ابن عابدين كما ذكر في المذكرة الإيضاحية للقانون [١].

والتعريف القانوني بهذا الشكل لايخرج في إطاره العام عن التعريف الشرعي، وإن كانت فيه إطالة حيث إن جملة (ويترتب عليه التزام ...) إلخ هي من باب تحصيل الحاصل ؛ لأن جملة « يثبت أثره في محله » تتضمن ما بعدها .

لكن للعقد تعريف ذكره السنهوري وهو «توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه»[٢] .

ولشيخنا الزرقاء – رحمه الله – تعليق على هذا التعريف حيث يقول: «والمقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب غير أن التعريف الأول الفقهي أحكم منطقاً وأدق تصوراً والثاني القانون أوضح تصويراً وتعبيراً » ويوضح هذا بقوله : « فالعقد في نظر فقهائنا ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلاً بهذا الاتفاق إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعاً للانعقاد فلايعتبر إذا ذاك انعقاد رغم اتفاق الإرادتين وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون .

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه، ولا ينتج نتيجة. ذلك لأن هذا التعريف القانوني إنما يعرف العقد بواقعيته

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١/ ٦٣ .

(٢) السنهوري ، الوسيط، ١ ف ١٣٨ .

- إنشاء الالتزام: مثل عقد البيع .
- نقل التزام: الحوالة .
- تعديل الالتزام: إضافة شروط إلى العقد .
- إنهاء الالتزام : الاتفاق على الفسخ .

انظر : درادكه ، ياسين ، نظرية الغرر١/ ٥٠ .

المادية وهي اتفاق الإرادتين أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعته الشرعية وهو الارتباط الاعتباري ، وهذا هو الأصح »[١] .

المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة بالعقد: التصرف والالتزام والوعد والاقالة

أولاً: **التصرف لغة**: التقلب في الأمور، والسعي في طلب الكسب[٢] .

ثانياً: التصرف شرعاً هو: ما يصدر عن الإنسان من فعل أو قول ويرتب عليه الشارع أثراً.

فالتصرف إذن نوعان: فعلي وقولي.

والتصرف الفعلي مثل السرقة والغصب وقبض الثمن وشرب الخمر ونحو ذلك.

وأما التصرف القولي فقد يكون تصرفاً عقدياً وهو التصرف الناشيء عن اتفاق إرادتين كما هو الحال في عقد الرهن وعقد الإجارة وعقد البيع، وقد يكون تصرفاً غير عقدي وهو نوعان:

«نوع يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه كالوقف والطلاق والإعتاق، والإبراء، والتنازل عن حق الشفعة ، وهذا النوع قد سمي عقداً أيضاً في اصطلاح فريق من فقهاء المذاهب لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطة للحقوق ، فهي في نظرهم عقود وحيدة الطرف كالعقود ذات الطرفين من حيث وجود الإرادة المنشئة .

ونوع لايتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها لكنه أقوال من أصناف أخرى تترتب عليها نتائج حقوقية، وذلك كالدعوى فإنها طلب حق أمام

---

(١) المدخل الفقهي العام ١/ ٢٩٢، ٢٩٤.

(٢) القاموس المحيط، مادة (صرف) .

القضاء وكالإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم فإنها أخبار تترتب عليها مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية .

وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه أي شبه عقدي »[١] .

ثالثاً: الالتزام لغة فهو من لزم يلزم لزوماً أي ثبت ودام يقال : لزمه المال وجب عليه[٢] .

رابعاً: الالتزام اصطلاحاً: فهو التصرف الذي يتضمن الالتزام بإنشاء حق من الحقوق أو نقله أو تعديله أو إنهائه سواء كان صادراً من شخص واحد كالوقف أو من شخصين كالبيع»[٣]، أو هو « إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً عليه من قبل »[٤] .

والالتزام بهذا التعريف بشمل التصرفات القولية سواء كانت تصرفات عقدية أو تصرفات غير عقدية، وهو بهذا التعريف أيضاً يكون مرادفاً لتعريف العقد بمعناه العام ، ومعظم الفقهاء يرى إطلاق العقد على معناه الخاص وهو ما يراه أهل القانون.

ويمكن من خلال تعريف كل من العقد والتصرف والالتزام استظهار الفروق التالية :

١.التصرف أعم من العقد.

٢. العقد بمعناه العام مرادف للالتزام.

---

(١) الزرقاء ، مصطفى ، المدخلي الفقهي العام ١/ ٢٨٩ .

(٢) القاموس المحيط ، مادة (لزم) .

(٣) تيسير فقه المعاملات ، ص ١٨ .

(٤) الموسوعة الفقهية ، الكويت ، مادة (عقد) .

٣. العقد بمعناه الخاص نوع من أنواع الالتزام فكل عقد التزام وليس كل التزام عقداً.

٤. كل التزام أو عقد تصرف، وليس كل تصرف التزاماً أو عقداً .[١] .

خامساً: الوعد:

١.المعنى اللغوي والاصطلاحي للوعد:

الوعد في اللغة: مأخوذ من الفعل وعد، يقال: وعدته وأعده وعدا: ويكون ذلك بخير وشر[٢] وجاء في معجم مقاييس اللغة ما نصه: (الواو والعين والدال: كلمة صحيحة تدل على ترجية بالقول)[٣].

الوعد في الاصطلاح: هو الاخبار عن إنشاء المخبر التزاما في المستقبل[٤].

٢. الفرق بين العقد والوعد:

العقد يتضمن إنشاء الالتزام في الحال، بينما الوعد في المستقبل هذا من حيث المعنى، وأما من حيث الحكم فالعقد الصحيح يلزم الوفاء به ديانة وقضاء، بينما الوعد يستحب الوفاء به ديانة، وأما قضاء ففيه اجتهادات واسعة بين الفقهاء تدور بين الوجوب والاستحباب[٥].

---

(١) تيسير فقه المعاملات ص ١٨ ، فقه المعاملات المالية١/ ١٦ ، الموسوعة الفقهية ، الكويت ، مادة (عقد) .

(٢) الفيومي،المصباح المنير، ص٢٥٥

(٣) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (٦/ ١٢٥)

(٤) حميش وشواط، فقه العقود المالية، ص٢٢

(٥) حميش وشواط، فقه العقود المالية، ص٢٢(للاستزادة في هذا الموضوع: توجد رسالة ماجستير في كلية الشريعة في الجامعة الاردنية بعنوان: الوعد وأثره في الالتزام وتطبيقاته في الفقه الاسلامي والقانون المدني الاردني) للباحث علي مصلح سنة ١٩٩١)

سادساً: الإقالة:

١. المعنى اللغوي والاصطلاحي للإقالة :

الإقالة في اللغة: هي الفسخ والصفح، يقال: أقاله يقيله إقالة وتقايلا: إذا فسخا البيع، ويقال: أقال فلانا عثرته: بمعنى الصفح عنه[١]، واستعمالها في العقود المالية يعني رفع أحكام العقد وآثاره[٢].

الإقالة في الاصطلاح: رفع العقد باتفاق الطرفين[٣]، وصورتها: أن يتم إبرام عقد صحيح لازم بين الطرفين فيندم احدهما ويرغب الرجوع عن هذا العقد دون سبب يتعلق بالعقد نفسه[٤].

٢. مشروعية الاقالة وحكمها وحكمتها :

يقول الرسول -ﷺ-:" من أقال نادما بيعته، أقال الله عثرته يوم القيامة"[٥]،وفي رواية أخرى:"من أقال مسلما، أقال الله عثرته "[٦]

وجه الدلالة من الحديث: الإقالة حكمها مندوبة شرعاً ؛ دفعاً لحاجة من يندم على عقد العقد وأراد الرجوع عنه، سواء كان ذلك النادم البائع أم المشتري، وتيسيراً وعطفاً على الناس، ورحمة بهم وتخليصاً لهم مما يظنون أنهم قد تورطوا في الوقوع فيه،

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، (١١/ ٥٨٠).

(٢) حميش وشواط، فقه العقود المالية، ص ٧٥.

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤ ،ص٣١٦٣

(٤) حميش وشواط، فقه العقود المالية،ص ٧٥.

(٥) أورده ابن حبان في صحيحه، باب الإقالة، ورقم الحديث: (٥٠٢٩)،.

(٦) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع، وقال:(هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه) ،وتعقبه الذهبي فقال عن الحديث :على شرط البخاري ومسلم ورقم الحديث (٢٢٩١)،ج٢،ص٥٢

فقد يعقد شخص عقداً ثم يرى أنه مغبون فيه، أو أنه ليس بحاجة إليه، فتكون الاقالة فسخا للعقد عند جمهور الفقهاء خلافا للامام أبي يوسف من الحنفية الذي يراها عقدا جديدا بين المتعاقدين، و إقالته تنفيس لكربه وتفريج لغمه، فيكون بذلك قد حقق له المصلحة بدرء المفسدة عنه، وجلب المنفعة له وهذا من مقتضيات الرحمة بالعباد[١].

المطلب الثالث: أنواع العقود[٢]

العقود مختلفة ومتنوعة تبعاً لتنوع مواضيعها وخصائصها ولذا كان لزاماً أن يكون تصنيفها في مجموعات تتميز فيها كل مجموعة عن الأخرى على وجه العموم، هذا وقد عمد شيخنا الشيخ مصطفى الزرقا إلى بيان أنواع العقود على النحو التالي :

أولاً: من حيث التسمية :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود مسماة : وهي التي أقر لها الشرع اسماً يدل على موضوعها وبين الأحكام المترتبة على إنشائها مثل البيع والهبة والإجارة.

٢ - عقود غير مسماة : وهي التي لم تكن لها تسمية شرعاً ولم تبين الأحكام المترتبة عليها وهي تنشأ بين الحين والآخر حسب حاجة الناس، فإذا ما أصبحت معروفة وتم الاتفاق عليها وبانت آثارها فإنها تصبح عقوداً مسماة مثل عقد الاستصناع.

---

(١) الكاساني،بدائع الصنائع، (٥/ ٣٠٦) ابن قدامة، المغني ، (٤/ ١٢١)، شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص ٢٩٦؛ حميش وشواط، فقه العقود المالية، ص ٧٥؛ السعد، ،فقه المعاملات، ج ١،ص٢٥١.

(٢) اعتمدت في هذا المطلب على ما ذكره شيخنا مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام ١/ ٥٦٩ وما بعدها (بتصرف) وذلك لما فيه بيانه لأنواع العقود من دقة ووضوح.

وانظر هذا التقسيم في : الموسوعة الفقهية ، الكويت ، مادة (عقد).

ويلاحظ أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو حرية التعاقد وحرية إنشاء العقود حيث لايوجد حظر على استحداث عقد جديد إلا إذا كان متعارضاً مع نص أو لايحقق مقصداً من مقاصد الشريعة وهذا الأصل هو المنسجم مع طبيعة هذا الدين القائم على اليسر ورفع الحرج ودفع المشقة .

ثانياً: من حيث المشروعية :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود مشروعة وهي ما أذن بها الشرع وأجازها مثل بيع المال المتقوم والرهن.

٢ - عقود غير مشروعة (ممنوعة) وهي ما نهى الشرع عنها ولم يجزها مثل بيع المناجشة[١].

والمنابذة[٢] والاستئجار لارتكاب المحرم ونكاح المتعة ومثل هذه العقود فإنها تكون باطلة إذا ما تم التعاقد عليها لفقدان شرط انعقادها .

ثالثاً: من حيث صحة الانعقاد :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود صحيحة : وهي ما توافرت أركانها وشروط انعقادها .

٢ - عقود فاسدة : وهي ما لم تتوافر فيها شروط الصحة كالبيع بثمن مجهول ، والإجارة مع جهالة الأجرة أو المدة .

---

(١) المناجشة مأخوذة من النجش، وهو الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها، بغية إيهام الغير وايقاعه فيها. انظر: طمهاز، الفقه الحنفي ٤/ ٧٨.

(٢) المنابذة من النبذ وهو الطرح والالقاء، كأن يقول أحد المتبايعين: انبذ إليك هذا المتاع بدرهمين فيأخذه الآخر، ويحل النبذ محل الصيغة. انظر: الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٣.

رابعاً: من حيث الصفة العينية :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود عينية : وهي التي يشترط لتمام انعقادها تسليم المتعاقد عليه مثل الهبة والإعارة والإيداع ، والقرض ، والرهن .

٢ - عقود غير عينية : وهي التي تنعقد وتأخذ حكمها بمجرد انعقادها .

خامساً: من حيث الشكلية :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود شكلية : تخضع في انعقادها لشيء من الشرائط الشكلية مثل عقد الزواج حيث يشترط لصحته الإشهاد عليه ، وعقد بيع الأراضي ، ورهن العقار حيث يشترط فيهما التسجيل في الدوائر المختصة .

٢ - عقود رضائية: وهي التي تقوم ابتداء على التراضي، ولا تخضع لشكلية معينة لإتمامها .

سادساً: من حيث النفاذ :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود نافذة : وهي العقود الخالية من كل ما يمنع نفاذها .

٢ - عقود غير نافذة (موقوفة) : وهي ما تجاوز فيها المتعاقد على حق غيره ويتوقف نفاذها على إجازة ذلك الغير مثل عقد الفضولي .

سابعاً: من حيث اللزوم :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ – عقد لازم بحق الطرفين لايقبل الفسخ بطريق الإقالة وهو عقد الزواج فإنه لايرتفع بالتقايل أي أنه لايقبل الإلغاء الاتفاقي لكنه يقبل الإنهاء بطرق شرعية مخصوصة كالطلاق والخلع والتفريق القضائي .

٢ – عقود لازمة بحق الطرفين لكنها تقبل الفسخ والإلغاء باتفاق العاقدين كالبيع والصلح.

٣ – عقود لازمة بحق أحد الطرفين كالرهن والكفالة فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل

وغير لازمين بالنسبة إلى الدائن المرتهن والمكفول له لأنهما تما لمصلحتهما فلهما التخلي عن توثيق الدين متى أرادا .

٤ – عقود غير لازمة بحق الطرفين وهي التي يملك فيها كل طرف حق الرجوع متى أراد كالوكالة والإعارة والإيداع .

ثامناً: من حيث تبادل الحقوق :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ – عقود معاوضات: وهي التي تقوم على أساس إنشاء حقوق متبادلة بين المتعاقدين كعقد البيع .

٢ – عقود تبرعات وهي التي تقوم أساساً على التبرع والمنحة من جانب واحد كالهبة والوصية .

تاسعاً: من حيث الضمان وعدمه :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ – عقود ضمان ، وهي التي يعتبر المال فيها مضموناً على الطرف القابض بقطع

النظر عن أسباب التلف والضياع مثل البيع والصلح عن مال بمال .

٢ - عقود أمانة ، وهي التي يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض فلايضمن إلا بالتعدي أو التقصير مثل الإيداع والشركة والوكالة .

٣ - عقود مزدوجة الأثر تشبه الضمان من وجه والأمانة من وجه آخر مثل عقد الإجارة حيث يعتبر المال المأجور أمانة في يد المستأجر لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمون على المستأجر بمجرد قدرته على استيفائها فلو ترك المأجور بغير انتفاع حتى مضت مدة الإجارة كان ضامناً للأجرة .

عاشراً: من حيث الغاية :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - ما غايته التملك مثل البيع - الهبة - الوصية .

٢ - ما غايته الاشتراك مثل الشركة - المزارعة - المضاربة .

٣ - ما غايته التوثيق مثل الرهن - الكفالة -الحوالة

٤ - ما غايته التفويض مثل الوكالة - الوصاية .

٥ - ما غايته الحفظ مثل عقد الإيداع .

حادي عشر: من حيث الفورية والاستمرار :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود فورية، وهي التي يتم تنفيذها فوراً في الوقت المحدد في العقد كالبيع والقرض والهبة.

٢ - عقود مستمرة ، وهي التي يكون الزمن عاملاً أساسياً في تنفيذها ، مثل

الإجارة والإعارة والشركة فإن تنفيذ هذه العقود وأمثالها باستيفاء منافع المأجور والعارية وبممارسة أعمال الشركة يحتاج إلى وقت متسع يسري حكم العقد فيه باستمرار.

ثاني عشر: من حيث الأصالة والتبعية :

تصنف العقود بناء على هذا المعيار إلى :

١ - عقود أصلية، وهي كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير مرتبط بآخر مثل البيع والإجارة

٢ - عقود تبعية، وهي كل عقد يكون تابعاً لحق آخر ومرتبطاً به وجوداً وعدماً مثل الرهن والكفالة.

المطلب الرابع
خصائص المعاوضات والتفريق بينها وبين التوثيقات

(والمعاوضات جنس ينتظم مبادلة مال بمال كالبيع، ومال بمنفعة كالإجارة،ومال بغير ما هو مال ولا منفعة كالزواج والخلع.ويلحق بذلك مبادلة منفعة بمنفعة كالمهايأة(قسمة المنافع على التناوب،ومبادلة المنفعة بما ليس بمال ولا منفعة وغير ذلك مما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين الطرفين) [١].

أولاً : خصائص المعاوضات: كثيرة ومنها[٢]:

١. طبيعة المعاوضات مترددة بين الربح والخسارة كالبيع.

٢.المعاوضات تنشىء التقابل بين الحقوق، وهذا يقتضي المشاحّة بين الناس.

---

(١) شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص ٤٥.

(٢) المرجع السابق نفسه، الصفحة نفسها.

٣.المعاوضات تفسد بالغرر والجهالة الفاحشين المفضين إلى النزاع.

٤.المعاوضات المطلقة تقتضي اللزوم ما لم يشترط الخيار، ولا يجوز الفسخ الا بالتراضي.

ثانياً: التفريق بين المعاوضات والتوثيقات[1]:

سبق لنا في المطلب السابق تعريف عقود المعاوضات (بناء على تصنيف العقود باعتبار تبادل الحقوق) بأنها تقوم على أساس إنشاء حقوق متبادلة بين المتعاقدين كعقد البيع وعقد الاجارة.

وسبق لنا أيضا في المطلب السابق تعريف عقود التوثيقات (بناء على تصنيف العقود باعتبار الغاية) بأن غايتها الضمانات ؛لأنها تضمن الحق،ويطلق عليها التأمينات أيضا؛لأنها تعمل على إبعاد خطر الضياع عن الحق وهي ثلاثة:الكفالة والرهن والحوالة.

فالتوثيقات جنس يشتمل على أنواع منها ما هو يكون توثيقا عينيا كالرهن وهو توثيق الدين بالعين، ومنها ما يكون توثيقا شخصيا كالكفالة (ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين في المطالبة بالدين) والحوالة (وهي نقل الدين من ذمة المدين الى ذمة شخص آخر وهو المحال عليه).

وخلاصة الموضوع: التوثيقات تابعة وخادمة للمعاوضات ؛ شأنهما شأن العقود التبعية والعقود الأصلية(والتي سبقت الإشارة إليها في المطلب السابق بناء على تصنيف العقود باعتبار الأصلية والتبعية).

---

(١) المرجع السابق نفسه، ص٥٥.

الفصل الثاني
عقد البيع

ويتضمن المباحث التالية

المبحث الأول: تعريف عقد البيع ومشروعيته

المبحث الثاني: أركان عقد البيع وشروطه

المبحث الثالث: أقسام عقد البيع

المبحث الرابع: أنواع البيوع

المبحث الأول
تعريف عقد البيع ومشروعيته وحكمة مشروعيته

المطلب الأول: تعريف عقد البيع في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف البيع في اللغة:

البيع لغة: مقابلة شئ بشئ على وجه المعاوضة، فهو مقابلة المال بالمال، وقيل: المبادلة.

والبيع مصدر باع يبيع بيعاً مبيعاً، وهو لغة ضد الشراء، ويراد به الشراء أيضاً، والابتياع الاشتراء[1]، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠] أي: باعوه، وجاء في الحديث:" لا يبيع الرجل على بيع أخيه"[2]، ومعناه: لا يشتري على شرائه.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة (بيع) ١/ ٥٥٦، الفيومي، المصباح المنير ١/ ٦٩.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، ح(٢١٤٠)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه،ح(١٥١٥).

ويطلق البيع على الشراء أيضاً، والعرب تقول: بعت الشئ بمعنى اشتريته، فالبيع من أسماء الأضداد التي تطلق على الشئ وضده.

فلفظ البيع والشراء يطلق كل منهما على ما يطلق عليه الآخر، فهما من الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة، فيطلق على كل من المتعاقدين أنه بائع ومشترٍ، يدل على ذلك قوله ﷺ:" البيعان بالخيار"[١] حيث وصف المشتري بكونه بائعاً. ويقال: بعت الشئ بمعنى بعته، أي أخرجته عن ملكي، وبمعنى اشتريته، أي: أدخلته في ملكي، ,يقال: شريت الشئ بمعنى شريته وبعته، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة، وإذا أطلق المشتري فالمتبادر دافع الثمن[٢].

ثانياً: تعريف البيع في الاصطلاح:

لقد تنوعت عبارات الفقهاء في تعريفهم البيع، لتعدد الآراء في أركانه وأقسامه، وشروط صحته، فلكل مذهب اصطلاحه، نبينه كما يلي:

١- عرف الحنفية البيع بأنه: مبادلة مال بمال[٣]، وقيده بعضهم بالتراضي[٤]، ولكن لا حاجة إلى هذا القيد، لأنه شرط وليس بركن.

قال ابن الهمام رحمه الله تعالى: (لأن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي، بل شرط ثبوت حكمه شرعاً)[٥].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا بيَّن البيعان ولم يكتما ونصحا، ح(٢٠٧٩)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع،باب الصدق في البيع والبيان،ح(١٥٣٢).

(٢) الفيومي، المصباح المنير ١/ ٦٩، الرازي، مختار الصحاح، ص(٣٥).

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٤٥٥، ابن نجيم، البحر الرائق٥/ ٢٥٧، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٣، مجلة الأحكام العدلية المادة (١٠٥).

(٤) كنز الدقائق٥/ ٢٥٦، ابن الهمام، شرح فتح القدير٥/ ٤٥٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٤/ ٥٠٣.

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٤٥٥.

يلاحظ على هذا التعريف أنه تعريف للبيع بالمعنى العام، فيدخل فيه البيع المطلق، والمقايضة، والسلم، والمساومة، والمرابحة، والتولية، والوضيعة، والأخذ بالشفعة[١].

٢- عرفه المالكية بأنه: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة[٢].

وتعريف المالكية هذا هو تعريف للبيع بالمعنى العام، وهو ما يشمل البيع المطلق، أي: مبادلة العين بالثمن، والسلم، والصرف، والمراطلة، والإقالة، والأخذ بالشفعة وغير ذلك.

أما تعريف البيع بالمعنى الخاص عندهم فهو: عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة، ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه[٣].

ذو مكايسة: المكايسة: المغالبة، لأن كل واحد من المتعاقدين يريد أن يغلب صاحبه، وهذا قيد خرج به هبة الثواب، والتولية، والشركة، والإقالة، والأخذ بالشفعة، إذ لا مكايسة في هذه الأشياء.

أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة: قيد أخرج الصرف والمراطلة[٤].

معين غير العين فيه: فيد أخرج السلم، لأن غير العين في السلم هو المسلم فيه، وهو غير معين، بل دين ثابت في الذمة.

٣- عرفه الشافعية بأنه: عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد[٥].

---

(١) أوزجان، الأجل في عقد البيع، ص(٢٨).

(٢) الخرشي، شرح الخرشي٥/ ٤، الدردير، الشرح الكبير٣/ ٢.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٥٥، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢.

(٤) المراطلة: هي بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة وزناً. انظر: عليش، شرح منح الجليل ٣/ ٢٨٤.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣.

٤- عرفه الحنابلة بأنه: مبادلة مال ولو في الذمة، أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض(١).

والتعاريف التي أوردها الفقهاء بالمعنى العام في عمومها متقاربة، يدخل فيها البيع المطلق، والصرف، والمقايضة، والسلم ونحو ذلك، وتفيد أن البيع: هو عقد معاوضة يتبادل فيه طرفا العقد العوضين، ويتم ذلك على وجه مخصوص، فيملك المتعاقد الأول عوضه للمتعاقد الثاني، ويتملك في مقابل ما بذله ما يدفعه الطرف الثاني، والعرف خصص البيع بمبادلة المال النقدي بغيره، وهذا يوافق تعريف المالكية البيع بالمعنى الخاص.

وعرف القانون المدني الأردني البيع في المادة (٤٦٥) بأنه: تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض.

المطلب الثاني: حكم البيع

البيع في جملته مشروع وجائز، وأدلة جوازه الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

١- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الدلالة من الآيات: أن الله سبحانه وتعالى أحل البيع، وحرم الربا، وحرم في الآية الثانية أكل أموال الناس بالباطل بأي طريقة كانت، وأحل التجارة، فدل ذلك على جواز البيع بكل أنواعه وأصنافه، إلا إذا كان البيع منهياً عنه، أو يناقض النصوص الشرعية، أو القواعد العامة.

---

(١) البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

٢- من السنة: هناك أحاديث كثيرة وردت في مشروعية البيع نذكر منها ما يلي:

أ- قوله ﷺ لما سئل: عن أفضل الكسب؟:" عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور"[١].

ب- عن ابن الزبير رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ:" لأن يأخذ أحدكم حبله، فيأتي بحزمة من حطب على ظهره فيبيعها، فيكف الله بها وجهه، خير له من أن يسأل الناس أعطوه، أو منعوه"[٢].

ج- عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:" البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما"[٣].

د- عن قيس بن أبي غرزة رضي الله عنه قال: خرج علينا رسول الله ﷺ، ونحن نسمى السماسرة[٤]، فقال:" يامعشر التجار، إن الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا[٥] بيعكم بالصدقة"[٦].

٣- الإجماع: أجمع المسلمون على جواز البيع ومشروعيته من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، ما لم يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها، ولم يوجد مخالف في ذلك،[٧].

٤- المعقول: العقل السليم يحكم بمشروعية البيع بل بضرورة ممارسته لتعلق

---

(١) أحمد، مسند الإمام أحمد ٤/ ١٤٠، الحاكم، المستدرك٢/ ١٠.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب الاستعفاف عن المسألة، ح(١٤٧١).

(٣)البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع،باب إذا بيّن البيعان ولم يكتما ونصحا ،ح(٢٠٧٩)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان،ح(١٥٣٢).

(٤) السمسار: هو القيم بالأمر الحافظ، وهو اسم للذي يدخل بين البائع والمشتري توسطاً لإمضاء البيع، والسمسرة: البيع والشراء. انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط ص ٥٢٦.

(٥) الشوب: بمعنى الخلط: أي اخلطوا، والمراد بالإثم: اللغو والحلف.

(٦) أبوداود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في التجارة يخالطها الحلف واللغو، ح(٣٣٢٦)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التجار، واللفظ له، وقال: حديث حسن صحيح.

(٧) ابن الهمام، فتح القدير ٦/ ٢٤٧، النووي، المجموع ٩/ ٥٦، ابن المنذر، الإجماع، ص.١١٧.

حاجة الإنسان بما في يد صاحبه، ولا يصل المرء عادة إلى حاجاته إلا عن طريق المبادلة، فقد يكون عند رجل دراهم وليس عنده لباس أو طعام، أو صاحب طعام ونحوه في حاجة إلى دراهم، فيتوصل كل منهم إلى مقصوده بواسطة البيع، ففي تجويز البيع وصول إلى الغرض ودفع للحاجة، وهذا من رحمة الله بعباده[١].

المطلب الثالث: حكمة مشروعية البيع

شرع الله سبحانه وتعالى البيع توسعة منه على عباده، ولحاجة الإنسان لأخيه، فإن لكل فرد ضرورات من الغذاء والكساء وغيرها مما لا غنى للإنسان عنها، وهو لا يستطيع وحده أن يوفرها لنفسه، لأنه مضطر إلى جلبها من غيره، وليس هناك طريقة أكمل من المبادلة، فيعطي ما عنده مما يمكنه الاستغناء عنه بدل ما يأخذه من غيره مما هو في حاجة إليه. والأصل في المعاملات ومنها البيوع الإباحة، إذا كانت برضا المتعاقدين ما لم يرد دليل من الشرع ينهى عن ذلك.

قال السرخسي رحمه الله تعالى: (اعلم أن الله سبحانه وتعالى جعل المال سبباً لإقامة مصالح العباد في الدنيا، وشرع طريق التجارة لاكتسابها)[٢].

قال الحطاب رحمه الله تعالى: (البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم، لأن الله سبحانه خلق الإنسان محتاجاً إلى الغذاء، ومفتقراً إلى النساء..... فيجب على كل واحد أن يتعلم منه ما يحتاج إليه)[٣].

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير٥/ ٧٣، الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ١٠٨، ابن قدامة، المغني ٦/ ٥، البهوتي كشاف القناع٣/ ١٤٥.

(٢) السرخسي، المبسوط ١١/ ١٠٨.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ١٠٨.

المبحث الثاني

أركان عقد البيع وشروطه

الأركان: جمع ركن ، والركن لغة : ما يقوم به الشيء ويستند إليه وهو الجانب القوي فيه .

أما الركن اصطلاحاً : فهو ما يقوم به الشيء ويكون داخلاً في ماهيته ، مثل القراءة في الصلاة فهي ركن من أركانها وداخلة فيها .

وللعقد عند الحنفية ركن واحد وهو الصيغة « الإيجاب والقبول » وأما العاقدان ومحل العقد فهي من الشروط عندهم[١] ؛ لأن الشرط يعرف بأنه ما يقوم به الشيء ولا يكون داخلاً في ماهيته ، أو بأنه « كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج عن ماهيته »[٢] ، مثل الوضوء في الصلاة فهو شرط لصحتها لكنه ليس ركناً من أركانها ، وكذلك أهلية المتعاقدين فهي شرط في كل عقد لكنها ليست داخلة في ماهيته .

والذي عليه جمهور الفقهاء أن أركان العقد ثلاثة وهي الصيغة «الإيجاب والقبول» والعاقدان ومحل العقد[٣].

وبناء على ما سبق : اختلف الفقهاء في أركان عقد البيع على قولين:

١- ذهب جمهور الفقهاء المالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] إلى أن أركان عقد

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ٤/ ١٧٤ ، ٥/ ١٣٣ .

(٢) الزرقاء ، المدخل الفقهي ١/ ٣٠٤ .

(٣) الشيباني ، تبيين المسالك ٣/ ٢٧٠ ، الشربيني ، مغني المحتاج ٢/ ٤ .

(٤) الدردير، الشرح الصغير ٢/ ٣، الصاوي، بلغة السالك١/ ٤٠٩، الحطاب، مواهب الجليل٤/ ٢٢٨.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣،الشربيني، الإقناع ١/ ١١٠، الحصني، كفاية الأخيار١/ ١٤٧.

(٦) البهوتي، كشاف القناع٣/ ١٣٥، البهوتي، شرح منتهى الإرادات٢/ ١٤٠.

البيع ثلاثة: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه، لأن الركن عندهم: ما توقف عليه وجود الشيء، سواء أكان جزءاً منه، أو متعلقاً به.

٢- وذهب الحنفية[١] أن لعقد البيع ركناً واحداً: وهو الصيغة وهي الطريقة التي يعبر بها عن الرضا، أو هي ما يعبر عن اتفاق الإرادتين من إيجاب وقبول، أو ما يقوم مقامهما، أما العاقدان والمعقود عليه فمما يستلزمه وجود الصيغة، لا من الأركان، لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة البيع، وإن كان يتوقف عليه وجوده.

ولقد استحسن الشيخ الزرقا رحمه الله تعالى تسمية مجموع: الصيغة، والعاقدين، والمحل، مقومات العقد، للاتفاق على عدم قيام العقد بدونهما، فقال: (يقوم عقد البيع بمقومات وعناصر لا يمكن أن يتحقق أو يتصور معناه الكامل إلا بها، ويمكن تلخيصها في ثلاثة أمور هي بالإجمال: ركن، وعاقدان، ومحل)[٢].

المطلب الأول: الصيغة

الصيغة: هي ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه، ويكون هذا بكل لفظ يفهم منه هذا المعنى بشرط أن يتضمن اللفظ أو ما يقترن به ما يدل على الرضا، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩]، ولقوله ﷺ:" لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"[٣]، وقوله عليه السلام:" إنما البيع عن تراض"[٤].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٤/ ١٠٢، ابن الهمام، فتح القدير٦/ ٢٤٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٩.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٢٩٩، الزرقا، العقود المسماه في الفقه الإسلامي عقد البيع، ص٢٢.

(٣) الدارقطني، سنن الدارقطني٣/ ٢٦، ابن حجر، تلخيص الحبير ٣/ ٤٥، ح(١٢٤٩).

(٤) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب في التجارات، باب الخيار، ح(٢١٨٥)، ابن حبان، صحيح ابن حبان ١١/ ٣٤٠،ح(٤٩٦٧)، صححه ابن حبان، والألباني في الإرواء ٥/ ١٢٥.

فيصح العقد بكل ما يدل على انعقاده شرعاً، أو عرفاً، ويتحقق به الإفصاح عن إرادة العاقدين في إنشاء العقد[١].

والرضا بالبيع أمر باطني خفي، لا يمكننا الاطلاع عليه إلا إذا صدر تعبير عنه، ويتم هذا التعبير بما يدل على الرضا من لفظ، أو إشارة، أو كتابة، أو فعل، أو سكوت، أو غيرها من وسائل التعبير اللفظية وغير اللفظية. وهذا ما سأتناوله بإيجاز فيما يلي:

أولاً: انعقاد البيع بلفظ الإيجاب والقبول:

١- الإيجاب والقبول لغة:

الإيجاب في اللغة: الإثبات[٢]، والقبول في اللغة: مصدر من قبلت العقد أقبله من باب تعب، قبولاً بالفتح، ومعناه: الرضا بالشيء، وميل النفس إليه[٣].

٢- الإيجاب والقبول اصطلاحاً:

الإيجاب عند جمهورالفقهاء هو: ما صدر ممن يكون منه التمليك دالاً على رضاه بالعقد، وإن جاء متأخراً. أي: ما يدل على التمليك بعوض دلالة ظاهرة كبعتك وملكتك.

والقبول هو: ما صدر ممن يصير إليه الملك دالاً على رضاه بما أوجبه الطرف الآخر، وإن صدر أولاً. أي: ما يدل على التملك دلالة ظاهرة كاشتريت وتملكت[٤].

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٦٨.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ٢/ ٢٩٢.

(٣) أنيس، المعجم الوسيط ٢/ ٧١٣، الفيومي، المصباح المنير ٢/ ٦٦٩.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٢٨، الخرشي، شرح الخرشي ٣/ ٣٦٢، الرملي، نهاية المحتاج ٣/ ٣٧٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

وعلى ذلك لو قال المشتري للبائع: اشتريت منك هذه السيارة بستين ألف درهم، فقال البائع: بعتك. كان قول المشتري قبولاً، وإن صدر أولاً، وكان قول البائع إيجاباً، وإن صدر متأخراً.

والإيجاب عند الحنفية: هو أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف. أي: ما صدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رضاه بالبيع.

والقبول هو: ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل التصرف، وبه يتم العقد. أي: ما صدر ثانياً من العاقد الآخر دالاً على رضاه بما أوجبه الطرف الأول[١].

وعلى ذلك لو قال البائع: بعتك هذه السيارة بستين ألف درهم، فقال المشتري: قبلت. كان قول البائع ابتداء إيجاباً، لأنه صدر أولاً، وقول المشتري قبولاً، لأنه صدر ثانياً، ولو قال المشتري: اشتريت منك هذه السيارة بستين ألف درهم، فقال البائع: بعتك. كان قول المشتري إيجاباً ، لأنه صدر أولاً، وكان قول البائع قبولاً ، لأنه صدر ثانياً.

وقد أخذ القانون المدني الأردني برأي الحنفية، فنص في الفقرة (١) من المادة (٩١) على أن: (الإيجاب والقبول كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد، وما صدر أولاً فهو إيجاب، والثاني قبول).

٣- شروط الإيجاب والقبول:

يشترط في الإيجاب والقبول شروط معينة ليتحقق الارتباط بينهما، بحيث إذا فقد شرط منها لم ينعقد العقد، ولا يترتب عليه أي أثر، وهذه الشروط هي[٢]:

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ٢٤٨، ابن نجيم، البحر الرائق٥/ ٢٨٤، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٣٦،ابن نجيم، البحر الرائق٥/ ٢٧٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥، النووي، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

أ- تطابق الإيجاب والقبول: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب فيما يجب التراضي به، ويحصل هذا التوافق باتحاد موضوع العقد بأن يرد الإيجاب والقبول على معنى واحد بجميع جزئياته، وذلك بأن يكونا متوافقين دالين على الرضا، فلو اختلفا بأن قبل المشتري غير ما أوجبه البائع، أو بعض ما أوجبه، أو بغير ما أوجبه، فلا يعتبر متوافقاً ولا ينعقد العقد. فلو قال البائع: بعتك هذا الثوب بمائة درهم، فقال المشتري: قبلته بتسعين، فإن البيع لا ينعقد بينهما لاختلاف الإيجاب عن القبول، إلا إذا قبل البائع فيصح، ويعتبر قول المشتري إيجاباً مبتدأ، يتم به العقد إذا صدر قبول من الطرف الآخر موافقاً له، فيقع البيع وينعقد العقد في هذه الحالة.

وتوافق الإيجاب والقبول قد يكون حقيقياً، وذلك إذا ما ورد الإيجاب والقبول على شئ واحد، كأن يقول البائع: بعتك هذه السيارة بمائة ألف درهم، فقال المشتري: قبلت، وقع البيع وانعقد لتوافق القبول مع الإيجاب موافقة حقيقية دالة على الرضا.

وقد يكون ضمنياً، كما لو قال البائع: بعتك السيارة بتسعين ألف درهم، فقال المشتري: قبلت بمائة ألف درهم، وقع العقد وانعقد، لأن رضا وقبول البائع ببيع السيارة بتسعين ألف درهم رضا وقبول ضمني ببيعها بمائة ألف درهم من باب أولى، لأن المقصود من شرط توافق القبول مع الإيجاب توافر الرضا بالعقد بين طرفيه، والزيادة في العوض من قبل المشتري لا تضر بالبائع، بل له فيها خير. إلا أنه لا يقع البيع إلا بالعوض الذي ذكره البائع وهو التسعين، لأن التعاقد كان عليه، والزيادة موقوفة على قبول البائع لها في مجلس العقد نفسه، لأنها تمليك، فإن قبلها لزمت المشتري، وإن لم يقبلها لا تلزمه، لأنه لا يجوز إدخال شئ في ملك الإنسان جبراً عنه بغير اختياره إلا الإرث[1].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٦، ابن نجيم، البحر الرائق٥/ ٢٧٩، النووي، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٠، الشربيني، مغني المحتاج٣/ ٢٣٥، ابن قدامة، الكافي ٣/ ٩٩.

وخالف الشافعية في الصحيح عندهم في ذلك، حيث قالوا: بعدم وقوع البيع،لأن الصيغة صيغة معاوضة، فيشترط توافق الإيجاب والقبول، وهنا لم يوافق القبول الإيجاب، فلا ينعقد العقد[١].

ما عليه العمل في القانون:

ورد في الفقرة (١) من المادة (٩٩) من القانون المدني الأردني أنه «يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب» وهذه العبارة تعني ما هو معروف عند الفقهاء بتوافق الإيجاب والقبول.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بقول الشافعية حيث نص في الفقرة الثانية من المادة (٩٩) على أنه: (٢- وإذا اقترن بما يزيد في الإيجاب، أو يقيده، أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً).

ب- اتصال القبول بالإيجاب حقيقة أو حكماً في المجلس: بأن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب في مجلس العقد، دون أن يفصل بينهما فاصل، وذلك إذا كان المتعاقدان حاضرين، أما إذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً، فيجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب دون فاصل. ويشترط لتحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب شروط أربعة هي:

الأول: أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد: دون أن يفصل بينهما ما يدل على إعراض من أحد العاقدين البائع والمشتري على التعاقد، فلا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر.

فإذا صدر الإيجاب من البائع، كما لو قال: بعتك هذا الثوب بمائة درهم، ثم صدر القبول في مجلس آخر غير مجلس الإيجاب، بأن قال المشتري: قبلت، لم ينعقد

(١) النووي، روضة الطالبين٧/ ٣٨٠، الرملي، نهاية المحتاج٦/ ٤٠٨، الشربيني، مغني المحتاج٣/ ٢٣٥.

العقد، لعدم اتصال القبول بالإيجاب، لأن الإيجاب ينتهي بانتهاء مجلسه، فإذا حصل القبول بعد ذلك كان وجوده مع انعدام الإيجاب فلا يتصل به.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الفورية في القبول: فذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] إلى عدم اشتراط الفورية في القبول، بأن يصدر القبول بمجرد صدور الإيجاب، بل يجوز التراخي ما داما في مجلس العقد، لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، لأن البائع أو المشتري يحتاج إلى التأمل والتروي، حتى إذا وجد في إتمام العقد مصلحة له أصدر القبول، وإلا لم يقبل. فإن تراخى حتى انفض المجلس لم ينعقد العقد، لأنهما أعرضا عنه فأشبه ما لو صرحا بالرد.

وذهب الشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى اشتراط الفورية في القبول، بأن يصدر القبول من المشتري بعد صدور الإيجاب فوراً من غير فاصل، فلو تخلل زمن طويل، أو كلام كثير بطل الارتباط بينهما، ولم ينعقد العقد، لأن صدور أي عمل من الآخر في مجلس العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلاً، ومانعاً من تلاقي الإيجاب والقبول، ومنهياً لمجلس العقد.

ولا يضر تخلل سكوت وكلام يسير عرفاً كالتثاؤب والعطاس، أو شرب الماء، أو التروي في الأمر.

الثاني: ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه: يشترط أن يكون القبول بعد الإيجاب، دون أن يفصل بينهما ما يدل على الإعراض عن القبول، كما لو أوجب البائع البيع، فقام المشتري عن المجلس، أو قام البائع عن المجلس قبل قبول المشتري، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس، أو تخلل كلام أجنبي،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٧، الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٤.
(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥، المواق، التاج والأكليل ٤/ ٣٧، ابن عبدالبر، الكافي،ص٢٧٢.
(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٦، الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٤٠٩، النووي، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٠.
(٤) البهوتي، كشاف القناع٥/ ٢١٩، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٣/ ١١٤، ابن قدامة، الكافي ٣/ ١٤٧.

أو زمن طويل لأن فيه إعراضاً عن القبول، فلو قبل البائع بعد ذلك لم ينعقد البيع، لأن الفصل بما يشعر بالإعراض عن القبول يبطل الارتباط بينهما[١].

والأولى اعتبار العرف فيما يكون إعراضاً عن العقد وما لا يكون، فما يعتبره العرف إعراضاً أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول يكون قاطعاً لمجلس العقد، وما لا يعتبره إعراضاً لا يكون، لأن ما ليس له حد في اللغة، ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف. فلو كان العاقدان في دار كبيرة يتغير المجلس بالخروج من البيت إلى الصحن، أو العكس، أو كانا في دار صغيرة يتغير المجلس بخروج أحدهما اعتبر ذلك، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[٢].

الثالث: ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر: بأن يصر موجب البيع على إيجابه، حتى يقبل الطرف الآخر، فإن رجع البائع عن بيعه، قبل قبول المشتري، صح رجوعه وبطل الإيجاب، لأن الإيجاب لا يكون لازماً قبل قبول المشتري، فإذا قبل المشتري البيع بعد رجوع البائع عن إيجابه، كان لغواً ولا ينعقد لعدم اتصال القبول بالإيجاب[٣].

ولا يترتب على رجوع البائع عن حقه أي أثر، ذلك أن البائع قد رجع عن البيع قبل قبول المشتري من غير أن يلحق به أي ضرر، ولأنه يملك حق الرجوع عن إيجابه ما دام الطرف الآخر لم يقبل.

وإذا صدر القبول وفي الوقت ذاته رجع الموجب عن إيجابه، أي تزامن صدور

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٣، المواق، التاج والأكليل ٤/ ٣٧، الرملي، نهاية المحتاج٦/ ٤٠٧، أبو البركات، المحرر في الفقه، ص٨٥.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل٤/ ٢٤٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٤٥، الين قدامة، المغني ٣/ ٥٦٣، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٨.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٧٠، النووي، روضة الطالبين٧/ ٣٨٠، البهوتي، كشاف القناع٥/ ٢٢٥، ابن قدامة، الكافي٣/ ١٤٧، أبو البركات، المحرر في الفقه ٢/ ٤٧.

القبول ورجوع الموجب، فإن الرجوع يصح، ولا يتم العقد.

جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: (لو قال: بعت، وقال المشتري: اشتريت، وقارنه الآخر برجعت، إن كانا معاً لا يتم البيع، وإن عاقبه البائع برجعت تم)[١].

ويرى المالكية أن الموجب سواء أكان البائع أم المشتري لا يملك الرجوع عن إيجابه ما دام المجلس قائماً ولم يحدث ما يدل على الإعراض، أو انتهاء المجلس، وعلى هذا إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ثم صدر القبول منه بعد الرجوع تم العقد[٢].

الرابع: أن يعلم كل من البائع والمشتري ما صدر من الآخر: يشترط لصحة العقد سماع كل من البائع والمشتري كلام الآخر وفهمه، لأن العقد ينعقد بكلامهما، فلابد من سماعهما، إذ لا ارتباط بغير سماع، لأنهما إذا لم يسمع كل منهما كلام الآخر لم يحصل الإيجاب والقبول بالنسبة إليهما وإن وجد صوره، لأن الإيجاب والقبول يحصلان بينهما بالتخاطب، فإذا لم يوجد السماع لم يحصل التخاطب[٣].

ج- أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين: بأن يكون لفظ كل من العاقدين مفهماً مراده، باستعمال لفظ يدل لغة، أو عرفاً على نوع العقد المقصود، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

طرق التعبير عن الايجاب والقبول:

أولاً: ما سبق بيانه اللفظ هذا والذي عليه اتفاق الفقهاء أن الصيغة التي ينعقد

---

(١) نظام، الفتاوى الهندية ٣/ ٨.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٤١.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤٨، سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ص١١١.

بها العقد قد تكون باللفظ وهو أوضح دلالة في التعبير ، وقد تكون بالكتابة والرسالة، وكذلك تكون بالإشارة المفهومة والمعاطاة[١] .

ثانياً: انعقاد البيع بالكتابة:

الكتابة هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الإرادة، والمراد بالكتابة: أن يكتب أحد العاقدين إلى الآخر كتاباً بإيجابه. ويشترط لصحة انعقاد البيع بالكتابة ثلاثة شروط هي:

١- أن تكون الكتابة مستبينة: أي مكتوبة على شيء تظهر عليه، وتبقى صورتها بعد الانتهاء منها على وجه يمكن فهمه وقراءته، فإن كانت الكتابة غير مستبينة كما لو كتبه بأصبعه على وسادة، أو على شيء لا يثبت عليه خط كالكتابة على الماء، أو على الهواء لم ينعقد به عقد البيع، نوى به البيع أو لم ينو[٢].

٢- أن تكون الكتابة مرسومة: أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس، وذلك بأن تكون مصدرة ومعنونة باسم المرسل والمرسل إليه، أو مختومة وموقعة من قبل المرسل، وأن تكون مما يكتب عليه عادة.

٣- اتصال القبول بالإيجاب: حتى يتحقق اتصال القبول بالإيجاب المرسل من قبل البائع، لابد من قبول المكتوب إليه -المشتري- حال استلامه الكتاب وقراءته وفهمه، فإن قبله تم العقد، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر.

ويثبت الخيار للمشتري مادام في مجلس قبوله، ويثبت الخيار للبائع أيضاً ممتداً إلى أن ينقطع خيار المشتري، ويصح رجوعه، أي رجوع البائع عن الإيجاب الذي

---

(١) الموسوعة الفقهية ، الكويت ، مادة (عقد) .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٣/ ١٠٠، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢/ ٣٨٤، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥،البهوتي، كشاف القناع٣/ ١٤٧.

كتبه قبل بلوغ الآخر وقبوله، سواء علم الآخر، أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع[١].

ثالثاً: انعقاد البيع بالرسالة:

والمراد بالرسالة: أن يرسل أحد العاقدين إلى الآخر الغائب رسولاً يبلغه الإيجاب شفاهة باللفظ، فإن قبل في مجلس بلوغه انعقد البيع، وإن رده، أو صدر منه ما يدل على إعراضه بطل البيع، وليس له القبول بعده.

وصورة الرسالة: أن يقول المرسل لشخص: اذهب إلى فلان، وقل له: إن فلاناً أرسلني إليك، وقال لي: قل له: بعتك سيارتي بمائة ألف. فإذا ذهب وأخبره، فأجاب في مجلسه ذلك بالقبول انعقد البيع، لأن الرسول ناقل، فلما قبل المرسل إليه اتصل لفظه بلفظ الموجب حكماً، ولأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه، فكأنه حضر بنفسه فأوجب البيع، وقبل الآخر في المجلس[٢].

ويصح رجوع المرسل عن الإيجاب الذي أرسله قبل بلوغ المرسل إليه وقبوله، سواء علم الرسول رجوع المرسل، أو لم يعلم، لأن الرسول يحكي كلام المرسل، وينقله إلى المرسل إليه، فكان سفيراً ومعبراً محضاً، فلم يشترط علم الرسول بذلك[٣].

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (١٤٢) على ذلك بقوله: (١- يعتبر التعاقد بين الغائبين تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق، أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في

---

(١) الكاساني، ٥/ ١٣٨، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٥، البهوتي، كشاف القناع٣/ ١٤٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٣/ ١٠٩، ابن نجيم، البحر الرائق٥/ ٢٩٠، الآبي، جواهر الأكليل١/ ٣٤٨، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٩٩.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير٤/ ٦٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٤/ ٥١٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي٢/ ٣٨٤، الصاوي، بلغة السالك ١/ ٤٢٦.

المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ما لم يقم الدليل على عكس ذلك).

ويصح انعقاد البيع بالوسائل الحديثة كالهاتف، والتلكس، والبرق، والمذياع، والإيميل ونحو ذلك، قياساً على صحة انعقادها بالكتابة والرسالة.

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (١٠٢) على ذلك بقوله: (يعتبر التعاقد بالهاتف، أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان، كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد، وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس).

رابعاً: انعقاد البيع بالإشارة:

المراد بالإشارة: الإيماء أو التلويح من قبل البائع، أو المشتري بإشارة مفهومة معروفة بدلالتها على البيع، سواء كان ذلك باليد، أو الرأس، أو الأصبع، أو نحو ذلك.

وتقوم الإشارة المعلومة المفهومة مقام العبارة في الدلالة على البيع، لأنها تبين المراد كالنطق، ذلك أن الشارع تعبد الناطقين بالعبارة في تصرفاتهم، فإذا عجز عنها أقام الشارع إشارته مقام عبارته للحاجة لئلا يحرم حقوقه المدنية[١].

والإشارة سواء كانت من الجانبين، البائع والمشتري، أو من جانب واحد قد تكون غير مفهومة وهذه لا خلاف في أنها لا ينعقد بها البيع، لأنها لا تدل على رضا البائع، أو المشتري بالبيع[٢].

وقد تكون مفهومة معروفة بدلالتها على رضا البائع، أو المشتري، كأنها يعقبها

---

(١) الزركشي، المنثور ١/ ١٦٤، رستم، شرح المجلة، ص ٤٩، المادة (٧٠).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٤/ ٥٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢/ ٣٨٤، الشربيني، مغني المحتاج٣/ ٢٨٤، البهوتي، كشاف القناع ٥/ ٢٤٩.

تصويت منه، أو احتفت بها من القرائن ما تدل على رضاه بالبيع، وهذا إما أن تصدر ممن يستطيع النطق، أو تصدر ممن لا يستطيع النطق، فهما حالتان:

الحالة الأولى: الإشارة الصادرة ممن لا يستطيع النطق:

لو قال البائع: بعتك سيارتي بمائة ألف، فأشار المشتري بيده، أو أومأ بإشارة القبول للدلالة على قبوله البيع. فقد اختلف الفقهاء في انعقاد البيع بهذه الصيغة على قولين:

١- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] إلى أن القادر على الكلام لا يصح بيعه بالإشارة، وإن نواه وأفهم بها كل أحد. لأن عدوله عن العبارة إلى الإشارة، يفهم أنه غير قاصد الشراء، وإن قصده بها فهي لا تقصد للإفهام إلا نادراً، ولا هي موضوعة له. ولأنه قادر على النطق، والشارع قد تعبد الناطقين بالعبارة، فلا يلجأ إلى غيرها إلا عند الضرورة، ولا ضرورة هنا.

٢- وذهب المالكية[٤] إلى أن القادر على الكلام يصح بيعه وشراؤه بالإشارة متى كانت مفهومة، واحتفت بها من القرائن ما يقطع أن من عاينها قد فهم منها البيع. لأن التعاقد بالإشارة الدالة على الرضا، أولى بالجواز من التعاقد بالأفعال، لأن الإشارة يطلق عليها أنها كلام، قال الله تعالى: ﴿قَالَ ءَايَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١]، والرمز الإشارة.

ولما ثبت أن رجلاً أتى النبي ﷺ بجارية سوداء فقال: يارسول الله، إني علي رقبة

---

(١) أفندي، تكملة حاشية ابن عابدين ٨/ ١١٦، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٣٤٤.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج٦/ ٤٣٥، الكوهجي، زاد المحتاج٣/ ٣٦٣، الزركشي، المنثور ١/ ١٦٦.

(٣) البهوتي، كشاف القناع ٥/ ٢٤٩، ابن قدامة، الكافي ٣/ ١٧٨.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢/ ٣٨٤، الخرشي، شرح الخرشي٤/ ٤٩، الصاوي، بلغة الصاوي ١/ ٤٢٦.

مؤمنة، فقال لها:" اين الله؟" فأشارت إلى السماء بأصبعها، فقال لها:" فمن أنا؟" فأشارت إلى النبي ﷺ وإلى السماء بأصبعها، يعني أنت رسول الله، فقال:" اعتقها فإنها مؤمنة"[١]، فقد أجابت النبي ﷺ بالإشارة مع قدرتها على الكلام، وأقرها النبي ﷺ على ذلك.

الحالة الثانية: الإشارة الصادرة ممن لا يستطيع النطق:

قد تصدر الإشارة ممن لا يستطيع النطق لخرس، أو اعتقال لسان، فإن كان لا يعرف الكتابة، ولا يقدر عليها، فلا خلاف في انعقاد بيعه بالإشارة المفهومة التي اعتاد الناس فهمها منه، والتي يعرف بها بيعه[٢]. لأنه لا طريق له إلى التعبير عن تصرفاته إلا بالإشارة، فقامت مقام العبارة في الدلالة للضرورة، وقد اعتبرها الشارع في العبادات، فتصح في المعاملات، لقوله تعالى خطاباً لمريم عليها السلام: ﴿ إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا ﴾ [مريم: ٢٦]، أي: صمتاً وإمساكاً، وذلك على الإشارة لا على القول منها، وقد سماه الله تعالى قولاً، فدل أنها تعمل عمل القول.

وقد نصت المادة (٧٠) من مجلة الأحكام العدلية ما يدل على ذلك، فقال: (إشارة الأخرس المعهودة كالبيان باللسان)[٣].

وإن كان يعرف الكتابة ويقدر عليها، وعبر عن بيعه أو شرائه بالإشارة المفهمة، فقد اختلف الفقهاء في اعتبار إشارته على قولين:

---

(١) أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الأيمان والنذور، باب في الرقبة المؤمنة، ح(٣٢٨٤) صححه الارنؤوط.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٣٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي٢/ ٣٨٤، الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٤، البهوتي، كشاف القناع ٥/ ٢٤٩.

(٣) رستم، شرح المجلة، ص٤٩.

١- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى اعتبار إشارته، ولو كان قادراً على الكتابة، لأن كلاً من الكتابة والإشارة حجة ضرورية، والأخرس مخير في إنشاء بيعه أو شرائه، إن شاء بالكتابة، وإن شاء بالإشارة، ذلك لأن المناط هو الإفهام، وكلاً منهما مفهم.

٢- وذهب بعض الحنفية[٥] وبعض الشافعية[٦] إلى أن الأخرس إنما تعتبر إشارته إذا كان عاجزاً عن الكتابة، فإن كان يحسن الكتابة، فلا يقع بيعه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة. فالكتابة هي المعتبرة لأنها أضبط.

خامساً: انعقاد البيع بالمعاطاة:

المراد بالمعاطاة: أن يعطي المشتري شيئاً على وجه يفهم منه أنه في نظير البيع، ويفعل المشتري فعلاً يدل على قبول ذلك، أي: أخذ السلعة المعلومة الثمن، ودفع ثمنها، من غير إيجاب ولا قبول.

ويشترط لصحة انعقاد البيع بالفعل، أن يكون متعارفاً عليه، أي: جرى عرف باستعماله، أو اقترن الفعل بما يدل على إرادته به، فإذا كان الفعل غير متعارف عليه، أو لم يقترن به بما يدل على إرادته، فلا يقع البيع حينئذ وإن نواه[٧].

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير٣/ ٤٩٢، ابن نجيم، البحر الرائق٣/ ٢٦٧، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٣٤٣.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل٤/ ٢٢٩، الآبي، جواهر الأكليل ١/ ٣٤٨.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج٣/ ٢٨٤، الأنصاري، فتح الوهاب ٢/ ٧٤.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٥/ ٢٤٩.

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٤١، أفندي، تكملة حاسية ابن عابدين ٨/ ١١٦، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٣٤٣.

(٦) النووي، روضة الطالبين ٨/ ٣٩، الزركشي، المنثور١/ ١٦٤، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣١٢.

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي٢/ ٣٥٨، الخرشي، شرح الخرشي٤/ ٢٣، الصاوي، الشرح الصغير ١/ ٤٢٦.

اختلف الفقهاء في انعقاد البيع بالمعاطاة، سواء كانت من الجانبين، أو من جانب أحدهما على قولين:

١- ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] وبعض الشافعية[٣] وأكثر الحنابلة[٤] إلى جواز انعقاد البيع بالمعاطاة مطلقاً، بشرط أن يجري عرف باستعماله، أو تقترن بما يدل على إرادته بها، وإلا فلا يقع وإن نواه، لأن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية، لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً، والمقصود من البيع حصول التمليك والتملك بعوض عن طيب نفس، فلا يشترط القول، ويكفي الفعل، وإن كان ذلك الفعل معاطاة.

٢- وذهب الشافعية[٥] وبعض الحنابلة[٦] إلى عدم جواز انعقاد البيع بالمعاطاة مطلقاً، لأنه لا يكفي مجرد الرضا في حصول التملك والتمليك بدون الإيجاب والقبول، لأن الرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه، فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا، فلا ينعقد بالمعاطاة إذا الفعل لا دلالة له بالوضع.

والراجح هو القول الأول القائل بانعقاد البيع بالمعاطاة، إن جرى العرف على استعمالها، وإلا فلا ينعقد وإن نواه، لأنه لم يصح في الشرع اشتراط صيغة معينة لإيقاع البيع، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من العقود، لأن كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف.

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٥١، ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ٢٩١.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢/ ٣٥٨، الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٢٣، الصاوي، الشرح الصغير ١/ ٤٢٦.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٤٠٧، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٠.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٥/ ٢١٨، ابن قدامة، الشرح الكبير ٤/ ٣٨٠.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٠.

(٦) البهوتي، كشاف القناع ٥/ ٢١٨، ابن قدامة، الشرح الكبير ٤/ ٣٨٠.

ما عليه العمل بالقانون:

وأما بالنسبة لطرق التعبير عن الإرادة فقد نصت المادة (٩٣) على ما يلي : «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي"

وأما ما ذهب إليه القانون بانعقاد العقد بالإشارة المفهومة ولو من غير أخرس فهو أخذا بمذهب المالكية خلافاً لما عليه الحنفية وغيرهم من الفقهاء من أن العقد لاينعقد بالإشارة لمن كان قادراً على النطق أو الكتابة لأنهما أبلغ دلالة على المقصود من الإشارة[١] .

أما التعبير عن الإرادة « باتخاذ أي مسلك آخر حتى لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي » كما نص القانون فإن في المذهب الحنفي ما يؤيده حيث ورد في كتاب البدائع ما نصه : « ولو كان المبيع أرضاً فيها حرث فسقاه أو حصده أو قصل منه[٢] شيئاً فهو إجازة ؛ لأن السقي تصرف في الحرث بالتزكية فكان دليل اختيار البيع وإيجابه، وكذا القصل تصرف فيه التنقيص فكان دليل قصد التملك»[٣].

---

(١) الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٨٤ ، طهماز ، الفقه الحنفي ٤/ ١٣ .

(٢) قصل الشيء : قطعه ،ابن فارس: مجمل اللغة ج١ص٧٥٥، باب القاف والصاد وما يثلثهما.

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠ .

المطلب الثاني: العاقدان

الركن الثاني من أركان البيع هو العاقدان، وهما: البائع والمشتري، ولا يتصور الإيجاب والقبول بدونهما، ولكل منهما شروط لابد من التعرف عليها حتى يصح عقد البيع، وهذه الشروط هي:

أولاً– الأهلية :

يشترط فيمن يتولى العقد أصالة أو نيابة أن يكون أهلاً لإجرائه والأهلية لاتكون إلا إذا كان العاقد بالغاً عاقلاً ، فلايصح عقد المجنون ، ولا الصبي غير المميز لأنه لايعقل،و لأن تصرفاته باطلة لفقده أهلية الأداء والتصرف، إذ لا عقل له ولا تمييز، فلا يعتبر رضاه ولا قصده، ولو كان تصرفه نافعاً خالصاً له، لانعدام قصده وإلغاء عبارته فهو كالمجنون المطبق، سواء كان التصرف يسيراً أو غير يسير.

وفيما يلي التوضيح:

١-العقل: فلا ينعقد البيع إذا كان كل منهما أو أحدهما مجنوناً جنوناً مطبقاً، أو صبياً لا يعقل باتفاق فقهاء المسلمين[١] لأنعدام قصده وإلغاء عبارته، لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الانعقاد بدونه، ولأن البيع تصرف يشترط له الرضا، فلم يصح من غير العاقل، لعدم إمكان العلم بتحقق رضاه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [النساء: ٥]، أما إذا كان المجنون يفيق أحياناً ويجن أحياناً، كان ما عقده عند الإفاقة صحيحاً، وما عقده حال الجنون غير صحيح.

---

(١)الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٤٣، ابن القاسم، الروض المربع ٢/ ٢٧.

٢-البلوغ: اتفق الفقهاء على صحة بيع البالغ، أما الصبي المميز: وأما الصبي المميز فتصح عقوده النافعة مثل قبول الهبة والوصية، وأما العقود التي تلحق به ضرراً مثل التبرع بأمواله وكفالة الدين فإنها لاتصح ، وما دار من العقود بين النفع والضرر كالبيع والإجارة فإنها تصح من الصبي المميز بإجازة الولي عند جمهور الفقهاء[١] خلافاً للشافعية[٢] الذين يشترطون البلوغ في عقد البيع أخذاً بظاهر قوله ﷺ:« رفع القلم عن ثلاث،عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »[٣]

٣- الرشد: والرشد هو حسن التصرف في المال وتنميته، وهذا ليس له سن معينة، وإنما يعرف بالممارسة والتعامل والتجربة.

فلا يصح البيع إذا كان كل منهما، أو أحدهما غير راشد، وهذا عند الشافعية[٤]، وعند الحنابلة[٥] إذا كان التصرف الذي يجريه الصغير أو السفيه كثيراً، ولم يأذن لهما الولي، أما إذا أذن لهما بذلك، فتصرفهما صحيح ونافذ في كل ما تصرفا فيه، لقوله تعالى:﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء: ٦] وأما إذا كان التصرف الذي يجريه السفيه أو الصغير يسيراً كشراء كيس من الخبز، فلا يتوقف صحته على الإذن.

وعند الحنفية[٦]، والمالكية[٧] يصح البيع من غير الراشد، إلا أنها لا تنفذ إلا

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٥ ، الشيباني ، تبيين المسالك ٣/ ٢٧٣ ، ابن ضويان ، منار السبيل ١/ ٣٠٧ ، الموسوعة الفقهية ، الكويت ، مادة (عقد) .

(٢) العمراني ، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٥/ ١١ .

(٣) النسائي ، أحمد بن شعيب ، سنن النسائي ، كتاب الطلاق ، باب من لايقع طلاقه من الأزواج .

(٤) البجيرمي، حاشية البجيرمي ٢/ ٣٨٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٧.

(٥) ابن مفلح، المبدع ٤/ ٨.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٣٥، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤٨.

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥.

بإجازة الولي.

مما تقدم يتضح لنا أن الرشد شرط صحة عند الشافعية والحنابلة إذا لم يأذن لهما الولي، وكان التصرف الذي يقومان به كثيراً. وشرط لزوم ونفاذ عند الحنفية والمالكية.

٤- الرضا والاختيار: يشترط لصحة البيع أن يكون العاقد مختاراً، فإن أكره على البيع أو الشراء، فلا ينعقد البيع عند جمهور الفقهاء(١)، لما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

ب- قوله ﷺ:" إنما البيع عن تراض"(٢)

ج- قوله عليه والصلاة والسلام:" إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"(٣).

فالله عز وجل تجاوز عن المكره، فلم يؤاخذه بما أكره عليه، والمراد حكمه فيشمل حكم الدارين، لأن (ما) تفيد العموم، فلزم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً.

والإكراه الذي لا ينعقد به البيع هو الإكراه بغير حق، أما الإكراه بحق فإنه ينعقد به البيع، كمن كان مديناً وطالبه الغرماء بالسداد وعنده سلع، فيجبره القاضي على البيع لسداد ديونه، فإن أبى أن يبيع باع الحاكم أمواله وسدد بها ديونه، لقول النبي ﷺ:" لي

---

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني ٤/ ٨٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥، الرملي، نهاية المحتاج ٥/ ٣٦٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٧، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٣٩، ابن حزم، المحلى ٨/ ٣٢٩.

(٢) سبق تخريجه، انظر ص(٣٦).

(٣) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي،ح(٢٠٤٣)، الحاكم، المستدرك، ٢/ ١٨٩، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين. وحسنه النووي في الروضة ٨/ ١٩٣.

الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"[١]، ولقوله عليه السلام:" مطل الغني ظلم"[٢].

أما الحنفية فإنهم يرون أن عقد البيع والشراء نافذ، ولكنه فاسد، لأن الإكراه يعدم الرضا، والرضا شرط لصحة عقد البيع، وانتفاء الشرط يترتب عليه انتفاء المشروط وهو النفاذ، فيفسد التصرف[٣].

فالرضا شرط لانعقاد البيع عند المالكية والشافعية والحنابلة، بحيث إذا انعدم الرضا بالإكراه، بطل البيع من أصله. وعند الحنفية الرضا شرط صحة لانعقاد البيع، وللمكره بعد زوال الإكراه أن يجيزه إذا رأى فيه مصلحته.

٦- أن يكون العاقد مالكاً للمبيع وقت العقد، أو مأذوناً له في التصرف فيه: أي: وكيلاً لمالكه، أو وليه، أو وصيه، فإن باع ما ليس في ملكه ليقوم بتملكه بعد ذلك وتسليمه للمشتري، بطل العقد، لأنه تمليك منه لما لا يملك[٤]، لقول النبي ﷺ لحكيم بن حزام لما قال له: إنه يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي، فأبيعه منه ثم أبتاعه من السوق، " لا تبع ما ليس عندك"[٥]، ولقول النبي ﷺ:" لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"[٦].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب في الاستقراض، باب لصاحب الحق مقال.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟، ح(٢٢٨٧)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة،ح(١٥٦٤).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٣٥، الزيلعي، تبيين الحقائق ٥/ ١٨٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/ ١٣١.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٤٦، ابن جزي، قوانين الأحكام، ص٢٧١، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٥٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٤٦.

(٥) أحمد، مسند الإمام أحمد٣/ ٤٠٢، أبوداود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في بيع الرجل ما ليس عنده، ح(٣٥٠٣)، الترمذي، سنن الترمذي،كتاب البيوع، باب في كراهية بيع ما ليس عندك، ح(١٢٣٢). وقال الأرنؤوط: صحيح لغيره.

(٦) أبوداود، سنن أبي داود،كتاب البيوع،باب في الرجل يبيع ما ليس عنده،ح(٣٥٠٤)، الترمذي، سنن الترمذي،كتاب البيوع،باب في كراهية بيع ما ليس عندك،ح(١٢٣٤)،وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

فيما يتعلق بأهلية المتعاقد نصت المادة (١١٦) على ما يلي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » .

وفيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز وغير المميز أخذ القانون بما عليه الفقهاء حيث نصت المادة (١١٧) على ما يلي : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

ونصت المادة (١١٨) على ما يلي :

١ - التصرفات المالية للصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .

٢ - أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغ سن الرشد .

٣ - وسن التمييز سبع سنوات هجرية كاملة .

وأما بالنسبة لشرط الرضا في العقود فقد أخذ به القانون حيث نصت المادة (١٣٨) على ما يلي: « الإكراه الملجيء يعدم الرضا ويفسد الاختيار وغير الملجيء يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار » .

ونصت المادة (١٤١) على ما يلي: « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة يصبح العقد نافذاً » .

المطلب الثالث: المعقود عليه

المعقود عليه: هو الموضوع الذي يرد عليه العقد[١]، أو هو: ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه[٢].

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المعقود عليه، فعند الجمهور[٣] البدلان: الثمن والمبيع كلاهما محل للعقد، لأن الثمن والمبيع متساويان في الأهمية، حيث إن وضع الطرفين متساو في النظر الفقهي، لأن العقد مشروع لمصلحتهما.

قال ابن السبكي رحمه الله تعالى: (الأصل عندنا أن كلاً من الثمن والمثمن مقصود بنفسه، ومتعلق قصد البائع بالثمن، كمتعلق قصد المشتري بالمثمن)[٤].

وقصره الحنفية[٥] على المبيع فقط، لأنه المقصود الأصلي من عقد البيع، أما الثمن فيقصد التوصل به إلى المبيع، فهو وسيلة إلى التعامل به، إذ الانتفاع يكون بالأعيان لا بالأثمان. لأن العقد لا يتصور بدونه، لأنه محل إضافة الصيغة بخلاف الثمن، فإنه غير داخل في حقيقة العقد، بل هو حكم العقد وموجبه، كما أن الموهوب ركن الهبة، والثواب حكمها وموجبها، وإنما يجب تسليمه أي- الثمن- تحقيقاً للمساواة بين العوضين فقط.

قال ابن نجيم رحمه الله تعالى:(اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين، لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن، ولذا يشترط القدرة على المبيع دون الثمن، وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن)[٦].

ونصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٥٠) على أن: (محل البيع هو المبيع).

---

(١) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص٩٤.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٣١٤.

(٣) النفراوي، الفواكه الدواني٢/ ١٥٢، البهوتي، كشاف القناع٣/ ١٥٢، الرملي، نهاية المحتاج٣/ ٣٨٠.

(٤) الأشباه والنظائر ٢/ ٢٧٠.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ٢٧٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٧/ ١٠.

(٦) ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ٢٧٨.

ولقد نشأ عن هذا الخلاف، خلاف في الفروع، منها: اشتراط الحنفية القدرة على التسليم في المبيع دون الثمن، وانفساخ العقد بهلاك المبيع دون الثمن وغيرهما من الأحكام.

والذي نراه هو أن المعقود عليه يتكون من: المبيع والثمن، ولكل منهما شروط لابد من توافرها حتى ينعقد البيع، وهذه الشروط هي:

أولاً: شروط المعقود عليه (المبيع والثمن):

المبيع: هو ما يباع، وهو العين[١] التي تتعين في البيع[٢]. والثمن: هو ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة[٣]، أو: ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة[٤].

ويشترط في المعقود عليه الشروط التالية:

١- أن يكون المعقود عليه مباح النفع لغير ضرورة: أي لابد أن يكون المعقود عليه منتفعاً به انتفاعاً شرعياً حالاً، أو مآلاً ولو قل كتراب، لأن المبيع يُرغب فيه وفي شرائه من أجل الانتفاع به، فإذا كان المبيع لا ينتفع به، ولا يحتمل الانتفاع به فلا يجوز العقد عليه، لأنه لا يعد مالاً، وأخذ المال في مقابله ممتنع للنهي عن إضاعة المال، ولأن أخذ العوض عن ما لا منفعة فيه أكل للمال بالباطل، وقد نهى الله تعالى عنه، ودفع العوض فيه من السفه، كبيع الحشرات وهوام الأرض من عقارب وحيات ذات السم والجردان والخنافس، لأنه لا نفع فيها[٥].

وقد ذكر الإمام الزيلعي رحمه الله تعالى ضابطاً لصحة بيع ما ينتفع به فقال: (وكل

---

(١) العين: هي الشئ المشخص: كبيت وحصان وكرسي وحنطة وغير ذلك. انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة (٥٩).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٥١).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٧/ ٣٧٥.

(٤) مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٥٢).

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ٢٤١، الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٦٦، الرملي، نهاية المحتاج ٣/ ٣٨٤، البهوتي، كشاف القناع ٢/ ٧٦.

منتفع به شرعاً، في الحال وفي المآل، وله قيمة جاز بيعه، وإلا فلا)[١].

ووضع الحصفكي رحمه الله تعالى أيضاً ضابطاً لبيع الحشرات فقال: (إن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع)[٢].

وينبغي أن يرد ما ينتفع به وما لا ينتفع به إلى الأعراف التي تتغير بتغير الزمان والمكان، فما كان غير منتفع به في زمن من الأزمان، أو مكان من الأمكنة، قد يصبح منتفعاً به في زمان ومكان آخر، وفي عصرنا الحاضر كثرت الدراسات والتجارب على الحيوانات والحشرات، بل أنشئت كليات وفروع، وأقسام خاصة بدراسة الحشرات وتشريحها وخصائصها، فاكتشف منافع وفوائد جديدة لم تكن متحققة من قبل، كالدواء والسموم النافعة والسموم الضارة كالمبيدات الحشرية والمقاومة للفطريات في الفواكه كالعنب وغيره. وعليه فإن هذه الأشياء والحيوانات والحشرات والسموم والمبيدات السامة يجوز بيعها، لأنها تحقق منافع للإنسان[٣].

٢- أن يكون المعقود عليه موجوداً ومقدوراً على تسليمه حال العقد: أي أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه وتسلّمه، لأن قبض المبيع هو المقصود من البيع، حتى يتمكن المشتري من الانتفاع به، وعلى هذا لا يجوز بيع غير المقدور على تسليمه، لفوات الغرض المقصود، ولأن العقد على مالا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه للغرر، وقد:" نهى النبي ﷺ من بيع الغرر"[٤]، لأنه لا يدري هل

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقلئق ٤/ ١٢٦.

(٢) الحصفكي، رد المحتار ٤/ ١٠١.

(٣) أبوفارس، المبسوط في فقه المعاملات ١/ ٨٦-٨٧، ياسين، أحكام الحشرات في الفقه الإسلامي، ص٢٠٤.

(٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، ح(١٥١٣)، أبوداود، سنن أبي داود، كتاب البيوع والتجارات، باب في بيع الغرر،ح(٣٣٧٦)، النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع الحصاة، ح(٤٥١٨).

يتمكن من تسليمه أو لا، وبناء على ذلك لا يصح بيع ما يُشك في قدرة البائع تسليمه بعد العقد، كبيع الجمل الشارد، والطير وهو في الهواء إلا إذا كانت عادته أن يعود إلى صاحبه، والسمك وهو في الماء إلا إذا كان في بركة ومكان محصور ومغلق، وبيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، وبيع المضامين[١]، وبيع الملاقيح[٢]، وبيع الحبلة[٣]، للحديث:" نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة"[٤]، وكبيع المغصوب إلا على غاصبه، أو على قادر على أخذه من غاصبه[٥].

٣- أن يكون االمعقود عليه معلوماً: أي أن يكون معلوماً بالجنس والنوع والصفة والقدر، وذلك برؤية، أو وصف علماً يمنع النزاع، فإن كان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة فسد البيع لما فيه من الغرر، كبيع شاة من القطيع، أو بيع ثوب من أثواب، لأن الجهالة غرر فيكون منهياً عنه، ولأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسلم والتسليم، فلا يحصل مقصود البيع[٦].

وكذلك لا يجوز البيع إلا بثمن معلوم القدر والصفة والنوع للبائع والمشتري، لأن الثمن أحد العوضين فاشتراط العلم به كالمبيع، وقياساً على رأس مال السلم[٧].

---

(١) بيع المضامين: بيع ما سيوجد من ماء الفحل، أو: ما في أصلاب الفحول. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٧.

(٢) بيع الملاقيح: بيع ما في أرحام الأنعام والخيل من الأجنة. انظر: ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ٢٨٠.

(٣) بيع الحبلة: هو بيع نتاج النتاج، بأن يبيع ولد ما تلده هذه الناقة، أو الدابة. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٣.

(٤) عبدالرزاق، المصنف ٨/ ٢١، وقوى ابن حجر اسناده في التلخيص ٣/ ١٢.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٧٧، الدردير، الشرح الصغير٣/ ٢٢، النووي، روضة الطالبين٣/ ٣٥٧، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٥١.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٥٦، الحطاب، مواهب الجليل٤/ ٢٨٥، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٦٠، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٥٢.

(٧) المرغيناني، الهداية٣/ ٢٢، الخرشي، حاشية الخرشي٥/ ٢٢، ابن قدامة، الكافي٢/ ١٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٥٢.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط، حيث نص في المادة (٤٦٦) على: (١- يشترط أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة. ٢- ويكون المبيع معلوماً عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له وإذا كان حاضراً تكفي الاشارة إليه).

٤- أن يكون المعقود عليه مملوكاً عند العقد: أي لابد أن يكون المعقود المبيع مملوكاً عند العقد، فإن وقع البيع والشراء من غير المالك: فإن كان مأذوناً فيه من جهة المالك، كأن يكون وكيلاً، أو ولياً صح البيع، وإن كان غير مأذون فيه وهو بيع الفضولي[١]، فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في انعقاد بيعه على قولين هما:

١- ذهب الشافعية في الجديد[٢]، والحنابلة[٣] إلى عدم صحة بيعه، لقوله ﷺ لحكيم بن حزام رضي الله عنه:"لا تبع ما ليس عندك"[٤]، ولأنه يكون قد باع ما ليس عنده، وباع ملك غيره وليس مالكاً للمعقود عليه، ولا مأذوناً له فيه.

٢- وذهب الحنفية[٥]، والمالكية[٦]، والشافعية في القديم[٧]، والحنابلة في رواية[٨] إلى صحة بيع الفضولي إذا أجازه البائع، فإن أجازه نفذت، وإن أبطله بطلت. واستدلوا بما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۚ﴾ [المائدة: ٢].

---

(١) الفضولي: هو من تصرف في حقوق غيره، تصرفاً قولياً دون تفويض مشروع. انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٤٢٤.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٥، الرملي، نهاية المحتاج ٣/ ٤٠٢.

(٣) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٢١٣، ابن قدامة، المغني ٥/ ١٣٠.

(٤) سبق تخريجه، ص (٤٧).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٣/ ١٢٦، ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٦٣.

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ٧٦، الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٧٤.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٥، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٥٥.

(٨) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٢١٣، ابن قدامة، المغني ٥/ ١٣٠.

فهو أراد النفع والخير لأخيه بشرائه.

ب- عن عروة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه[١].

ج- عن حكيم بن حزام رضي الله عنه: أن النبي ﷺ بعثه يشتري له أضحية بدينار، فاشترى أضحية فأربح فيها، فاشترى أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ، فقال:" ضح بالشاة، وتصدق بالدينار"[٢].

وجه الدلالة من الحديثين: أن فعل عروة وحكيم رضي الله عنهما كان فضولياً، لأن كل واحد منهما باع الشاة، واشترى بغير أمره ولم يكن مأموراً بالبيع، فلما أجازه النبي ﷺ دل على جواز تصرفه.

والراجح والله أعلم القول بصحة تصرفات الفضولي في البيع، وتكون موقوفة على إجازة البائع، فإن أجازها نفذت وإلا فلا، وليس في ذلك ضرر أصلاً، بل هو إصلاح بلا فساد، فإن الرجل قد يرى أن يشتري لغيره، أو يبيع له، أو يؤجر له، أو يستأجر له ثم يشاوره، فإن رضي وإلا لم يحصل له ما يضره.

٥- أن يكون المبيع والثمن مالاً[٣] متقوماً[١]: وهو كل ما يتموله الناس، ويباح

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المناقب، ح(٣٦٤٢)، أبوداود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف،ح(٣٣٨٤).

(٢) أبوداود، سنن أبي داود، كتاب كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف، ح(٣٣٨٦)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، ح(١٢٥٧)، الدارقطني، سنن الدارقطني،٣/ ٩، ح(٢٨). قال الترمذي:" حـدِيثُ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ، لاَ نَعْرِفُهُ إِلاَّ مِنْ هَذَا الوَجْهِ، وَحَبِيبُ بْنُ أَبِي ثَابِتٍ لَمْ يَسْمَعْ عِنْدِي مِنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ. "

(٣) المال: هو ما فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة، وله قيمة بين الناس. انظر: البهوتي، كشاف القناع٣/ ١٥٢.

الانتفاع به شرعاً، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال لأنه ليس محلاً للمبادلة بعوض، كالميتة، والإنسان الحر، لأنهما ليس بمال، لقول النبي ﷺ:" قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره"[٢]،

ولا بيع المال غير المتقوم كالخمر والخنزير إذا كان أحد العاقدين مسلماً[٣]. وكذلك بالنسبة للثمن، لا يصح إذا كان خمراً، أو كلباً، أو خنزيراً، أو ميتة، لأنه لا توجد منفعة مباحة فيهم. لقوله ﷺ:" إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام"، فقيل: يارسول الله أرأيت شحوم الميتة، فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟، فقال:" لا، هو حرام"[٤]، ولا بيع آلات اللهو والمعازف لعدم الانتفاع بها شرعاً[٥]، وذلك لأن أخذ العوض عن ما لا منفعة فيه أكل للمال بالباطل، ودفع العوض فيه من السفه، وأما محرم النفع فقد قال ﷺ:" إن الله إذا حرم على قوم شيئاً، حرم عليهم ثمنه"[٦]. وعن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رجلاً أهدى للنبي ﷺ راوية خمر، فقال رسول الله ﷺ:" هل علمت أن الله حرمها"، قال: لا. فسارّ إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ:" بم ساررته؟"، فقال: أمرته

---

(١) التقوم: هو المال المباح الانتفاع به شرعاً. انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٧/ ٢٣٥.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً، ح(٢٢٢٧).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٥، الدردير، الشرح الكبير٣/ ١٠، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٥٤.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، ح(٢٢٣٦)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، ح(١٥٦٧).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٤٠، الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٦٤، الدردير، الشرح الصغير٣/ ٢٢، النووي، روضة الطالبين٣/ ٣٥٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٤٢، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٤١.

(٦) أحمد، مسند الإمام أحمد١/ ٣٢٢، أبوداود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة، ح(٣٤٨٨)، ابن حبان، صحيح ابن حبان١١/ ٣١٢،ح(٤٩٣٨).

ببيعها، فقال:" إن الذي حرم شربها، حرم بيعها"[١].

فالمالية في الثمن شرط انعقاد البيع، أما التقوم فيه فشرط صحة، فإذا كان الثمن غير متقوم فسد البيع، ولم يبطل لسلامة ركنه ومحله عن الخلل وهو المبيع وهذا عند الحنفية[٢]، فالهرّ والخنزير أموال، يعترف الشرع لهما بقيمة ذاتية، لذلك لم يبطل العقد بجعلهما ثمناً، لكنه يكون فاسداً لأنهما غير متقومين.

أما التقوم في المبيع فهو شرط انعقاد، لأنه هو المقصود الأصلي من العقد، ولأن الانتفاع يكون بالأعيان لا بالأثمان، فلو كان المبيع خمراً، أو خنزيراً كلن البيع باطلاً.

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني:

حينما تناول القانون الحديث عن محل العقد نص في المادة (١٥٨) على ما يلي :

١ - في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوماً .

٢ - ويصح أن يكون عينا أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل .

ونصت المادة (١٦١) على ما يلي :

١ - يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة .

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر، ح(١٥٧٩).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٥.

٢ – وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر.

٣ – وإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً.

كما نصت المادة (١٦٣) على ما يلي:

١ – يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد.

٢ – فإن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

المبحث الثالث

أقسام عقد البيع

ينقسم عقد البيع باعتبار الحكم الشرعي إلى قسمين عند الجمهور وهما: الصحيح والباطل، وعند الحنفية إلى ثلاثة أقسام هي: العقد الصحيح، والعقد الباطل، والعقد الفاسد.

المطلب الأول: البيع الصحيح

هو ما كان مشروعاً بأصله، ووصفه[١]. أي لا يكون البيع صحيحاً إلا إذا كان سليماً من الخلل في أركانه وأوصافه، ذلك أن العقد يلزم لصدوره صحيحاً أن يكون مستوفياً لأركانه وشروطه، ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهياً عنه شرعاً.

وقد عرف القانون المدني الأردني العقد الصحيح في المادة (١٦٧) بأنه: (العقد المشروع بأصله، ووصفه بأن يكون صادراً من ذي صفة مضافة إلى محل قابل لحكمه، وله غرض قائم وصحيح، ومشروع، وأوصافه صحيحة، ولم يقترن به شرط مفسد له).

حكمه: أنه يثبت أثره في الحال من حصول الملك والانتفاع بالمبيع، أي: يفيد تبادل الملكية ونقلها من البائع إلى المشتري[٢].

أنواعه: ينقسم البيع الصحيح إلى قسمين: البيع النافذ، والبيع الموقوف.

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٧/ ١٦٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ١٥، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ١٥، ابن قدامة، المغني ٤/ ٢٠٩.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٣٤، عليش، منح الجليل٢/ ٥٥٠، الشاطبي، الموافقات ١/ ٢٩٢.

النوع الأول: البيع الصحيح النافذ:

وهو البيع الذي لا يتعلق به حق للغير، ويفيد الحكم في الحال، أي: البيع الذي يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية، وله ولاية إصداره، سواء أكانت هذه الولاية أصلية، أو نيابية، كالعقد الذي يعقده العاقل الرشيد لنفسه في ماله، أو يعقده الوصي، أو الولي للقاصر، أو يعقده من وكله غيره توكيلاً صحيحاً.

وحكمه: أنه تترتب عليه آثاره دون توقف على إجازة أحد، سواء أكان ترتيب الآثار عليه فور صدوره كما في البيع المنجز، أو بعد فترة من الزمن كما في العقد المضاف إلى زمن مستقبل.

النوع الثاني: البيع الصحيح الموقوف:

وهو البيع الذي يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره، كالبيع الذي يصدر من الصبي المميز، وبيع الفضولي، وبيع المرهون وغير ذلك من البيوع[1].

وحكمه: أنه لا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا إذا أجازه من يملك إصداره إجازة صحيحة، فإذا لم توجد هذه الإجازة بطل العقد، وكأنه لم يكن، فبيع الفضولي مثلاً لا ينفذ ابتداء لإنعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ وإلا يبطل. فهو يفيد الملك على وجه التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير به[2].

---

(١) ذكر العلماء لأنواع البيع الموقوف تسعاً وعشرين نوعاً.انظر: ابن نجيم، البحر الرائق٦/ ٧٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٣٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ١١،الخرشي، حاشية الخرشي٥/ ١٧، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٢٨٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨، شيخ زاده، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر٢/ ٤٧، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٦٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ١٥، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٢٦٧.

المطلب الثاني: البيع الباطل

هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، أو ما اختل فيه ركن من أركانه أو محله، وما لم يكن محله مالاً متقوماً[1]، كما لو تخلفت صيغة الإيجاب والقبول، أو كان البيع صادراً من الصبي غير المميز، أو المجنون، أو اشترى خمراً، أو خنزيراً، أو صيد الحرم، أو صيد الميتة، أو دماً مسفوحاً.

وقد عرف القانون المدني الأردني العقد الباطل في المادة(١٦٨) بأنه: (ما ليس مشروعاً بأصله، ووصفه بأن اختل ركنه، أو محله، أو الغرض منه، أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر، ولا ترد عليه الإجازة).

أحكامه: يتعلق بالبيع الباطل بعض الأحكام نذكرها كما يلي:

١- أنه غير منعقد ولا وجود له في نظر الشرع، ولا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح، فلا يفيد الملك وحل الانتفاع، لأن الباطل هو الخالي عن العوض والفائدة.

٢- أنه بيع منهي عنه شرعاً، والمنهي عنه يكون حراماً، والحرام لا يصلح سبباً لترتب الأثر عليه، لأن النهي عن التصرف إنما هو لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته. قال ﷺ:" من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"[2]، والبيع المنهي عنه وقع على غير ما أمر به الشارع، فيكون مردوداً، فكأنه لم يوجد.

٣- أنه إذا وقع عقد البيع بين المتعاقدين، ثم تبين أنه عقد باطل، ففيه الأحكام التالية:

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ح(٢٦٩٧)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ح(١٧١٨).

أ- إذا حدث فيه تسليم السلعة إلى المشتري، والثمن إلى البائع، وجب رد السلعة إلى البائع، والثمن إلى المشتري، لأن البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض[١].

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: (اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت، حكمها الرد، أي أن يرد البائع الثمن، ويرد المشتري المثمون)[٢].

ويرد المبيع مع نمائه المتصل والمنفصل، وأجرة مثله مدة بقائه في يده، وإن نقص ضمن نقصه، لأنه مضمون عليه، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضاً، وهذا عند جمهور الفقهاء[٣].

أما المالكية فعندهم أن تغير المبيع بزيادة أو نقص يعتبر فوتاً ينتقل الحق فيه إلى الضمان[٤].

ب- إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع، أو هبة أو غير ذلك، فلا ينفذ تصرفه، لأنه لم يملكه، فيكون قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه، وتكون تصرفاته كتصرفات الغاصب، وهذا عند جمهور الفقهاء. وعند المالكية فإن التصرف في المبيع يعتبر مفوتاً، وينتقل الحق فيه إلى الضمان.

ج- إذا تلف المبيع في يد المشتري فإنه يلزمه ضمانه بالمثل في المثلي، والقيمة في المتقوم، وهذا عند الحنفية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٧١، الرملي، نهاية المحتاج٣/ ٣٦٤، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٥٠.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٩٣.

(٣) النووي، روضة الطالبين ٣/ ٤٠٨، ابن قدامة، المغني ٤/ ٢٥٣.

(٤) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٧٢، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٩٣.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٠٥.

(٦) النووي، روضة الطالبين ٣/ ٤٠٨، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٣٧٣.

(٧) ابن قدامة، المغني ٤/ ٢٥٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٩٧.

وهولاء اختلفوا في وقت تقدير القيمة، فعند الشافعية والحنابلة في رأي تقدر القيمة بأقصى القيم في المتقوم من وقت القبض إلى وقت التلف، لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها، وعليه ضمان نقصها مع زيادتها، فكذلك في حال تلفها. وعند الحنابلة والشافعية في قول تعتبر القيمة يوم التلف، لأنه قبضه بإذن مالكه فأشبه العارية.

وفصل المالكية فقالوا: إن فات المبيع بيد المشتري مضى المختلف فيه بالثمن الذي وقع به البيع، وإن لم يكن مختلفاً فيه، أي متفقاً على فساده ضمن المشتري قيمته إن كان مقوماً حين القبض، وضمن مثل المثلي إذا بيع كيلاً، أو وزناً، وعلم كيله أو وزنه، ولم يتعذر وجوده، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد[1].

وللحنفية رأي آخر وهو: أن المبيع يكون أمانة عند المشتري، لا يضمن إلا بالتعدي، أو التفريط في الحفظ، لأنه مال قبضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى، فالتحق بالعدم وبقي إذنه بالقبض[2].

المطلب الثالث: البيع الفاسد

البيع الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[3]، وهو أن يكون بدلاه مالا غير متقوم، كما لو اشترى بخمر، أو خنزير، أو صيد الحرم، أو أدخل فيه شرطاً فاسداً.

وعرفه القانون المدني الأردني في المادة (١٧٠) بأنه: (١- هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساده صح).

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٧١، عليش، منح الجليل ٢/ ٥٧٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٠٥.

(٣) الموصلي، الاختيار ٢/ ٢٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٧/ ١٦٩.

أسباب الفساد: هناك أسباب تفسد العقد عند الحنفية ولا تبطله، والبيع فيه يفيد الحكم بشرط القبض، ومن هذه الأسباب التي ذكرها الحنفية هي:

١- عدم القدرة على التسليم إلا بتحمل الضرر: الأصل في البيع الصحيح أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه من غير ضرر يلحق البائع، فإن ترتب على تسليم المبيع ضرر بالبائع فسد البيع، كما لو باعه فص خاتم مركب فيه، أو بيع نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه فإنه لا يجوز، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع، وفيه ضرر بالبائع، والضرر غير مستحق بالعقد، فكان بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً، فيكون فاسداً[١].

فإن نزعه البائع وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ العقد جاز البيع، حتى يجبر المشتري على الأخذ، لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع[٢].

٢- جهالة المبيع والثمن أو الأجل: يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع والثمن معلومين علماً يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، فإذا قال البائع: بعتك شاة من هذا القطيع، أو سيارة من هذه السيارات، فسد البيع، لأن الشاة من القطيع، والسيارة من السيارات مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، لفحش التفاوت بين شاة وشاة، وسيارة وسيارة فيوجب الفساد. ولكن إذا عين البائع شاة، أو سيارة وسلمه إليه، ورضي به المشتري جاز البيع، ويكون ذلك ابتداء بيعاً بالمراضاة[٣].

ولو باع سيارة بعشرين ألف، وفي البلد نقود مختلفة، انصرف إلى النقد الغالب،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٦٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٠٨.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٥٦، نظام، الفتاوى الهندية ٣/ ٣.

فيصح العقد، لكنه إذا كان في البلد عدة نقود غالبة فالبيع فاسد، لأن الثمن مجهول، إذ البعض ليس بأولى من البعض.

وإذا كان البيع إلى أجل مجهول فسد البيع، سواء أكانت جهالة الأجل فاحشة، كنزول المطر، أو قدوم فلان ونحو ذلك، أو متقاربة كالحصاد وقدوم الحاج ونحو ذلك، لأن الأول فيه غرر الوجود والعدم، والنوع الثاني مما يتقدم ويتأخر فيؤدي إلى المنازعة، فيوجب فساد البيع[١].

٣- البيع بالإكراه[٢]: يشترط لصحة البيع أن يكون العاقد مختاراً، فإن اكره على البيع، وكان الإكراه ملجئاً، أي بالتهديد بإتلاف النفس، أو العضو مثلاً، انعدم الرضا، وفسد الاختيار، وهذا يؤدي إلى بطلان عقد البيع. أما إذا كان الإكراه غير ملجئ، كالتهديد بالحبس والضرر اليسير، فسد عقد البيع، ويثبت به الملك عند القبض، وينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكرَه، لأن الإكراه غير الملجئ لا يعدم الاختيار، وإنما يعدم الرضا، والرضا ليس ركناً من أركان البيع، بل هو شرط من شروط الصحة. وعند الحنفية الإكراه بنوعيه يفسد العقد، لأن الرضا شرط لصحة البيع لقوله تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩]، والإكراه يسلب الرضا[٣].

وكذلك بيع المضطر فاسد، كما إذا اضطر شخص إلى بيع شئ من ماله، ولم يرض المشتري إلا بشرائه بأقل من ثمن المثل بغبن فاحش[٤].

٤- وجود الشرط الفاسد: الأصل في العقد الصحيح أن يكون خالياً من الشرط

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٧٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٠٦.

(٢) الإكراه: هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على ايقاعه ويصير الغير خائفاً به. انظر: البخاري، كشف الإسرار ٤/ ٦٣٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ١٦٠، المرغيناني، الهداية٢/ ٢٧٥، التفتازاني، شرح التلويح ٢/ ١٩٧.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٠٦.

الفاسد، فإذا وجد في عقد البيع شرط فاسد[١] مثل:

أ- الغرر: نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل، أو اشترى بقرة على أنها حلوب، أو ديكاً على أنه مقاتل، فسد البيع، لأنه شرط فيه غرر، لأن الشرط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال، لما روى عن النبي ﷺ:" أنه نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر"[٢].

ب- شرط فيه خيار مؤبد في البيع، أو شرط مؤقت بأجل مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح، ومجيء المطر.

ج- شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وليس بملائم، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، نحو: ما إذا باع الدار بشرط أن يسكنها شهراً ثم يسلمها إليه، أو باع أرضاً على أن يزرعها سنة، أو سيارة على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً، فالبيع في هذه الصور فاسد، لأن زيادة المنفعة المشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، والبيع الذي فيه ربا فاسد، وكذا ما فيه شبهة الربا[٣].

أحكامه: لا يفرق جمهور الفقهاء بين الباطل والفاسد في الجملة، فالبيع الفاسد والبيع الباطل كلاهما غير منعقد، ولا يترتب عليهما أثر من آثار العقد الصحيح، فلا يفيد الملك وحل الانتفاع[٤].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٦٩-١٧٤.

(٢) سبق تخريجه، ص(٥٠).

(٣) ان مثل هذه الشروط قد أصبحت معروفة عرفاً، وعليه فإنه تكون جائزة وفقاً لمعيار الحنفية، والقول: بأن الزيادة ربا، غير مسلم، لأن البائع سلفاً يقدر قيمة المنفعة، فيرفع الثمن. انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام٣/ ٢١٠.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٤، الزركشي، المنثور٣/ ٧.

وفسر الدردير رحمه الله تعالى قول خليل رحمه الله تعالى: (وفسد منهي عنه) بقوله: (أي بطل، أي لم ينعقد، سواء أكان عبادة، كصوم يوم العيد، أم عقداً، كنكاح المريض والمحرم، وكبيع ما لا يقدر على تسليمه، أو مجهول، لأن النهي يقتضي الفساد)[١].

وصرح الشافعية بأنه لو أراد المتعاقدان تصحيح العقد الفاسد، ولو في مجلس العقد فإنه لا يصح، إذ لا عبرة بالفاسد. وهذا يعني أن الفاسد لا تلحقه الإجازة[٢].

أما الحنفية فيفرقون بين البيع الباطل والبيع الفاسد، ويعتبرون العقد الفاسد منعقداً خلافاً للباطل فإنه غير منعقد، وللعقد الفاسد عندهم أحكام خاصة به نذكرها بإيجاز:

١- انتقال الملك بالقبض: أي أن البيع الفاسد يثبت الملك فيه بالقبض أي قبض المشتري المبيع في مجلس العقد، بإذن المالك صراحة، أو دلالة، كما إذا قبضه في المجلس وسكت البائع، فيجوز للمشتري التصرف في المبيع ببيع أو هبة، أو صدقة أو إجازة ونحو ذلك، ولكن لا يجوز له الانتفاع به.

قال ابن عابدين رحمه الله تعالى: (إذا ملكه تثبت له كل أحكام الملك إلا خمسة: لا يحل له أكله، ولا لبسه، ولا وطؤها، ولا أن يتزوجها منه البائع، ولا شفعة لجاره لو عقاراً)[٣].

والدليل على جواز التصرف في المبيع حديث بريرة، فإن عائشة رضي الله عنها ذكرت لرسول الله ﷺ أنها أرادت أن تشتري بريرة، فأبى مواليها أن يبيعوها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فقال لها:" خذيها واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن

---

(١) الدردير، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣/ ٥٤.

(٢) القليوبي، حاشية القليوبي ٢/ ١٨١، حاشية الجمل على شرح المنهاج ٣/ ٨٤.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٢٤.

أعتق، فاشترتها مع شرط الولاء لهم[١]. فأجاز النبي ﷺ العتق مع فساد البيع والشرط.

ولأن ركن التمليك، وهو قوله: بعت واشتريت، صدر من أهله، وهو المكلف المخاطب، مضافاً إلى محله وهو المال عن ولاية، إذ الكلام فيهما، فينعقد لكونه وسيلة إلى المصالح، والفساد لمعنى يجاوره، كالبيع وقت النداء، والنهي لا ينفي الانعقاد بل يقرره، لأنه يقتضي تصور المنهي عنه والقدرة عليه، لأن النهي عما لا يتصور، وعن غير المقدور قبيح، إلا أنه يفيد ملكاً خبيثاً لمكان النهي[٢].

واشترط الحنفية لإفادة البيع الفاسد الملك شرطين[٣]:

أ- القبض: فلا يثبت الملك قبل القبض، لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد، وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد.

ب- أن يكون القبض بإذن البائع، فإن قبض بغير إذن البائع لا يثبت الملك.

وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني في المادة (١٧٠) بقوله: (٢- ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه).

٢- استحقاق الفسخ: لا يثبت البيع الفاسد حق المشتري الانتفاع بالمبيع، لأن الفاسد يفيد ملكاً خبيثاً لمكان النهي، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه، إزالة للخبث ورفعاً للفساد، لأن فيه مخالفة شرعية في وصف العقد، والفاسد منهي عنه، والنهي يدل على كونه غير مباح[٤].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد،ح(٤٥٦).

(٢) الموصلي، الاختيار ٢/ ٢٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٤، الموصلي، الاختيار ٢/ ٢٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٢٥.

(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٤٤، التوضيح والتنقيح ١/ ٢١٧.

ولا يشترط في فسخ البيع الفاسد قضاء قاض، لأن الواجب شرعاً لا يحتاج إلى القضاء، ولكن لو أصرا على إمساك المبيع بيعاً فاسداً، وعلم بذلك القاضي فله فسخه جبراً عليهما، حقاً للشرع[١].

ويشترط في الفسخ ما يلي[٢]:

أ- أن يكون بعلم المتعاقد الآخر، ولا يشترط رضاه.

ب- أن يكون المبيع قائماً في يد أحدهما.

ج- أن لا يعرض له ما يتعذر به الرد.

٣- تصحيح البيع الفاسد: البيع الفاسد إذا كان الفساد فيه ضعيفاً، وهو ما لم يدخل في صلب الموضوع، وذلك مثل البيع بشرط خيار لم يؤقت، أو وقت إلى وقت مجهول، مثل البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول، فإذا أسقط الأجل من له الحق فيه قبل حلوله، وقبل فسخه، جاز البيع لزوال المفسد، ومثل إذا باع بشرط أن يعطيه المشتري رهناً، ولم يكن الرهن معيناً ولا مسمى، فالبيع فاسد كذلك، لكن إذا تراضيا على تعيين الرهن في المجلس، ورفعه المشتري إليه قبل أن يتفرقا، أو عجل المشتري الثمن يبطل الأجل، فيجوز البيع استحساناً لزوال الفساد.

ولكن إذا كان الفساد قوياً، بأن يكون في صلب العقد، وهو البدل، أو المبدل، فلا يحتمل الجواز برفع المفسد اتفاقاً، وذلك إذا باع عيناً بألف درهم ورطل خمر، فحط الخمر عن المشتري، فهذا البيع فاسد ولا ينقلب صحيحاً[٣].

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (١٧٠) على صحة العقد الفاسد إذا زال

---

(١) الدر المختار بهامش رد المحتار ٤/ ١٢٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٠٠، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٢٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٧٨، نظام، الفتاوى الهندية٣/ ١٣٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١١٩.

سبب فساده دون بيان قوة الفساد وضعفه فقال: « ١- هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساده صح).

المبحث الرابع: خيارات البيع

ويشتمل على تمهيد، وأربعة مطالب على النحو الآتي: التمهيد في بيان معنى الخيار لغة واصطلاحا ،وعددها، ووظيفتها في العقود ، والمطلب الأول : متخصص في خيار الشرط، والمطلب الثاني في خيار العيب، والمطلب الثالث: في خيار الرؤية، والمطلب الرابع: في خيار المجلس

تمهيد: في تعريف الخيارات وعددها، ووظيفتها في العقود

أ-الخيار:

لغة: اسمٌ من الاخْتيارِ، وَ (خَيَّرَهُ) بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ أَيْ فَوَّضَ إِلَيْهِ الْخِيَار[1].

واصطلاحاً: أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر أمر خيار التعيين[2].

ب-عدد الخيارات: يزيد عن ثلاثين خياراً[3]، ونذكر في هذه الدراسة أربعة منها، وسيشار إلى غيرها عند ورود المناسبة.

ج- وظيفتها: لا تصح الخيارات الا في العقد اللازم كعقد البيع، وتجعله عقداً غير لازم ،ومقتضى الخيار: اعطاء أحد المتعاقدين أو كليهما حق فسخ العقد أو إبطاله للتريث، ودفع الضرر والمفسدة.

---

(١) الرازي: مختار الصحاح ص٩٩ مادة خير .

(٢) محمد يوسف موسى: الأموال ونظرية العقد، ص٤٦٦.

(٣) هناك أطروحة دكتوراه في الفقه المقارن عام م، ١٩٧٥بعنوان الخيار وأثره في العقود. تأليف د.عبد الستار أبو غدة، تناول فيها مدخلا الى نظرية الخيار ودراسة فقهية مقارنة لأحكام ٣٣ خيارا، وعدد صفحاتها (٨٤٩).

المطلب الأول: خيار الشرط

الفرع الأول: تعريف خيار الشرط:

قبل أن نبدأ بتعريف خيار الشرط، نعرف الخيار في اللغة والاصطلاح، ثم نعرف خيار الشرط:

أولاً: تعريف الخيار في اللغة:

الخيار اسم مصدر بمعنى طلب خير الأمرين، من باب: اختار يختار اختياراً، والاختيار هو اصطفاء الشئ. يقال: هو بالخيار: يختار ما يشاء[١].

ثانياً: تعريف الخيار في الاصطلاح:

الخيار: هو أن يكون العاقد له الحق في إمضاء العقد والمضي بموجبه، أو فسخه والرجوع عنه[٢].

ثالثاً: تعريف خيار الشرط في الاصطلاح:

الإضافة في خيار الشرط: من إضافة الشيء إلى سببه، لأن الشرط سبب للخيار، فإن الأصل في العقد اللزوم من الطرفين، ولا يثبت لهما أو لأحدهما اختيار الإمضاء، أو الفسخ إلا باشتراط ذلك[٣].

وخيار الشرط: هو اشتراط الخيار لأحد العاقدين، أو كليهما، أو لغيرهما في إمضاء البيع، وما في معناه، أو فسخه مدة معلومة[٤]. ويسمى عند المالكية بخيار

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٤/ ٢٦٧، الفيومي، المصباح المنير ١/ ١٩٩، إبراهيم، المعجم الوسيط ١/ ٢٦٤.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٨٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٩٨.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٦٥.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٦٥، الصاوي، بلغة السالك٢/ ٤٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٠٢، الجرجاني، التعريفات، ص١٠٢.

التروي والخيار الشرطي[١]، وعند الشافعية بخيار التروي[٢].

قوله: (لغيرهما): ليدخل ما إذا شرط الخيار لغير العاقدين[٣]. لكن نص الشافعية على أنه إذا شرط لغيرهما، يسقط خيار الشارط على أصح القولين عندهم[٤].

قوله: (وما في معناه): لتدخل عقود المعاوضات غير السلم والصرف، كالإجارة في الذمة، والصلح عن مال بمال أو منفعة، والهبة بعوض. ولا يشترط خيار الشرط في الصرف والسلم، لأنه يشترط فيهما القبض في المجلس[٥].

الفرع الثاني: القصد من اشتراطه:

هو تحصيل خير الأمرين: من إمضاء البيع، أو فسخه، ليدفع بالفسخ الضرر عن نفسه، سواء كان الضرر تأخير أداء الثمن، أو غيره[٦].

ويثبت خيار الشرط في العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والإجارة، لأن فائدته إنما تظهر فيها فقط، ولا يثبت في العقود اللازمة غير القابلة للفسخ كالزواج والخلع، ولا في العقود غير اللازمة كالوديعة والعارية[٧].

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٩١.

(٢) السيد البكري، إعانة الطالبين ٣/ ٢٨.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٦٧، النووي، المجموع ٩/ ١٩٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٠٤.

(٤) النووي، المجموع ٩/ ١٩٦.

(٥) ابن قدامة، الشرح الكبي مع المغني ٤/ ٦٧.

(٦) ابن حجر، فتح الباري ٤/ ٣٣٦، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٧٢.

(٧) ابن نجيم، البحر الرائق ٨/ ٣، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٣٧٥.

الفرع الثالث: مشروعية خيار الشرط:

خيار الشرط جائز معتبر شرعاً، ولا ينافي العقد، والذي يدل على مشروعيته السنة والإجماع:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال:" المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار"[١]. أي لا يلزم البيع بينهما حتى يتفرقا، إلا إذا اشترط أحدهما شرط الخيار مدة معلومة.

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً، وكان قد سفح في رأسه مأمومة[٢]، فجعل رسول الله عليه وسلم الخيار فيما اشترى ثلاثاً. وكان قد ثقل لسانه، فقال له رسول الله ﷺ:" بع، وقل: لا خلابة"[٣]، فكنت أسمعه يقول: لا خذابة، لا خذابة، وكان يشتري الشيء، ويجئ به أهله، فيقولون: هذا غال. فيقول: إن رسول الله ﷺ قد خيرني في بيعي[٤]. وهذا صريح في تشريع الخيار لمعنى وهو الاستيثاق من أن هذا العقد لا غبن فيه، ليكون الرضا به تاماً.

٣- الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على جواز البيع بشرط الخيار[٥].

قال الإمام النووي رحمه الله تعالى: (واعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع)[٦].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ح(٢١١١)، مالك، موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب بيع الخيار.
(٢) أي ضرب في رأسه، والمأمومة التي بلغت أم الرأس وهي الدماغ، أو الجلدة الرقيقة التي عليها. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ١٨٤.
(٣) لا خلابة: أي لا غش، ولا خديعة. انظر: الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ١٨٣.
(٤) الحاكم، المستدرك ٢/ ٢٢، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام، صححه الذهبي. انظر: التلخيص بذيل المستدرك ٢/ ٢٢.
(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٤٩٨، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٤٤٢، ابن قدامة، الكافي ٢/ ٤٥.
(٦) النووي، المجموع ٩/ ١٩٠.

الفرع الرابع: مدة خيار الشرط:

اتفق جمهور الفقهاء[١] على أنه لا بد من تقييد الخيار بمدة معلومة مضبوطة من الزيادة والنقصان، فلا يصح خيار غير مؤقت أصلاً، وللمدة الجائز ذكرها حدّان: حد أدنى، وهذا لا توقيت له، وحد أقصى، وهذا اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام بلياليها مهما كان المعقود عليه، ولا تجوز أكثر منها، وبهذا قال الإمام أبوحنيفة، وزفر[٢]، والشافعي[٣]. واستدلوا بما يلي:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفاً، وكان قد سفح في رأسه مأمومة، "فجعل رسول الله عليه وسلم الخيار فيما اشترى ثلاثاً". فقد نص النبي ﷺ على ثلاثة أيام، فلا تجوز الزيادة عليها[٤].

٢- أن مشروعية الخيار على خلاف القياس، لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر[٥]، وعن بيع وشرط[٦]، وشرط الخيار فيه الأمران، فكان مخالفاً لمقتضى العقد، لأنه يمنع الملك واللزوم وإطلاق التصرف، فكان الأصل فيه الفساد لولا ورود النص، وحينئذ يقتصر فيه على ما ورد بالنص، ويكون التحديد لمنع الزيادة لا النقصان، لأن هذه المدة كافية في تحقيق الغرض من الخيار، وهو التروي في قبول العقد أو رده،

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق٦/ ٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٩٥، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٤٧، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٣٧٥.

(٢) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤١، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٤٩٩.

(٣) النووي، المجموع ٩/ ١٩٠.

(٤) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤١، ابن الهمام، شرح فتح القدير٥/ ٥٠٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٤٧.

(٥) سبق تخريجه، ص(٦٧).

(٦) النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، ح(٤٦١٥)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ح (١٢٣٤)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

ودفع الغبن عن المشتري أو البائع[١].

٣- عن طلحة بن يزيد بن ركانة أنه كلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه في البيوع، فقال: ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ، أنه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدة ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك[٢].

القول الثاني: يصح اشتراط الخيار مدة معلومة، قلت أو كثرت، أي: أن المدة لا تقيد بثلاثة أيام، بل يجوز أن تزيد على ذلك حسب اتفاق العاقدين، وبهذا قال الإمام أحمد[٣]، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية[٤]، وابن أبي ليلى[٥]، وابن المنذر، وأبو ثور وإسحاق[٦].

واستدلوا بما يلي:

١- قوله ﷺ:" المسلمون على شروطهم"[٧]، فإنه يدل بعمومه على جواز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وإذا اشترط الخيار شهراً، وجب الوفاء به لظاهر الحديث[٨].

---

(١) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤١، ابن الهمام، شرح فتح القدير٥/ ٥٠٠، النووي، المجموع ٩/ ١٨٩، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٤٧.

(٢) الدارقطني، سنن الدارقطني ٣/ ٥٤، البيهقي، سنن البيهقي ٥/ ٢٧٤، وهو ضعيف لأنه يدور على ابن لهيعة، ابن حجر، تلخيص الحبير٣/ ١٢.

(٣) ابن قدامة، المغني ٤/ ٩٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٠٢.

(٤) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤١، ابن الهمام، شرح فتح القدير٥/ ٤٩٩.

(٥) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤١.

(٦) ابن قدامة، المغني ٤/ ٩٦.

(٧) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الصلح، ح(٣٥٩٤).قال الألباني:حسن صحيح.

(٨) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٤٩٩.

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار في البيع إلى شهرين(١).

٣- لأن المدة لا تقدر بالثلاث، لأن ما زاد على الثلاث كالثلاث في المعنى الذي لأجله أجيز خيار الشرط(٢).

٤- لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي والمشورة ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر(٣).

القول الثالث: مدة الخيار تختلف باختلاف الحاجة، نظراً لاختلاف المبيع، لأن الغرض منه اختبار المبيع، والمبيعات تختلف طبيعتها، كالدار والسيارة والحيوان والأطعمة ونحو ذلك، فإن الدار تحتاج من المدة ما يكفي لمعرفة صلاحيتها، كشهر، والسيارة تحتاج أقل من ذلك. وما يسرع الفساد إليه تضرب للخيار فيه مدة لا تؤدي إلى فساده، ولا تتغير. وبهذا قال المالكية(٤). واستدلوا بما يلي:

١- أن المقصود من مشروعية الخيار هو التروي لمعرفة خير الأمرين من إمضاء العقد، أو فسخه، وهذا التروي والاختيار يختلف باختلاف المبيع.

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: (إذا كانت العلة في إجازة البيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه إلى الاختيار، فحده قدر ما يختبر فيه المبيع، ويتروى فيه، ويستشار على اختلاف أجناسه، وإسراع التغير إليه، وإبطانه عنه)(٥).

٢- القياس على الأجل في الثمن والمسلم فيه: فإنه يختلف باختلاف مقدار الثمن والمسلم فيه(٦).

---

(١) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤١.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٤٩٩.

(٣) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤١، ابن الهمام، شرح فتح القدير٥/ ٤٩٩، ابن قدامة، المغني ٤/ ٩٧.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٩١، ابن رشد، المقدمات ٣/ ٢٣٣.

(٥) ابن رشد، المقدمات ٣/ ٢٣٣.

(٦) مالك، المدونة الكبرى ١٣/ ٢٤١، العدوي، حاشية العدوي ٢/ ١٤٢.

جاء في المدونة الكبرى: (أنه إذا اشترى سلعة على شرط الخيار، ولم يجعل له أجلاً معلوماً، وهو بيع جائز، يجعل له من الخيار مثل ما يكون له في مثل تلك السلعة)[١].

وقد نص القانون المدني الأردني على جواز الاتفاق بين المتعاقدين في تحديد المدة في المادة (١٧٧) فقال: (في العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ، يجوز للمتعاقدين أو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده خيار الشرط لنفسه، أو لغيره المدة التي يتفقان عليها، فإن لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقاً للعرف).

الفرع الخامس: ابتداء أجل خيار الشرط وانتهاؤه:

أولاً: ابتداء أجل خيار الشرط:

يبدأ خيار الشرط من حين العقد إذا شرطه العاقدان في أثناء العقد، لأنه مقتضى الشرط، كما في تأجيل الثمن، ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار، فيجب أن يتعقبه حكمه، وتبدأ المدة من وقته كالملك في البيع، وهذا ظاهر مذهب الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والصحيح عند الشافعية[٤]، والحنابلة[٥].

وفي وجه آخر عند الشافعية[٦]، والحنابلة[٧]: أن خيار الشرط يبدأ من حين انقطاع خيار المجلس بالتفرق، أو بالتخاير، لأن ما قبله الخيار ثابت بالشرع، وهو خيار المجلس، فلا يثبت فيه خيار الشرط.

---

(١) مالك، المدونة الكبرى ١٣/ ٢٤١.
(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٤٦٤.
(٣) القرافي، الفروق ٣/ ٢٦٩.
(٤) النووي، المجموع ٩/ ١٩٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٨.
(٥) ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٢، البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٢٠٤.
(٦) النووي، المجموع ٩/ ١٩٨.
(٧) ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٢.

ويرى الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3] أنه لو شرط المتعاقدان الخيار بعد العقد في زمن خيار المجلس، فابتداؤه من حين الشرط، بينما يرى المالكية[4] أنه يجوز اشتراط الخيار بعد البيع اللازم، ويكون فسخاً للأول، وانبراماً لبيع جديد.

ثانياً: انتهاء أجل خيار الشرط:

تنتهي مدة خيار الشرط بأمور:

١- مضي المدة المشروطة للخيار، من غير اختيار أحد الأمرين من إمضاء البيع، أو الغائه، لأن الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضي المدة[5].

٢- إجازة البيع ممن له الخيار قبل انقضاء المدة المشروطة، ولا يلزم في إجازة البيع لفظ معين، بل يصح بأي لفظ يدل عليه، فلو قال: أمضيت البيع، أو أنفذته لزم البيع، أو فعل دال عليه أو المتضمن له، كما لو باع ممن له الخيار السلعة، أو رهنها في زمن الخيار فإنه يدل ذلك على إمضاء البيع، وإذا كان للطرف الآخر الخيار، لا يسقط خياره[6].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذين الشرطين في المادة (١٨١) فقال: (١-يكون الفسخ، أو الإجازة بكل فعل، أو قول يدل على أيهما صراحة، أو دلالة. ٢- وإذا مضت المدة دون اختيار الفسخ، أو الإجازة لزم العقد).

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٦٧.

(٢) النووي، المجموع ٩/ ١٩٨.

(٣) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٢٠٤.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٩٣.

(٥) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤٤، الصاوي، بلغة السالك٢/ ٤٩، النووي، المجموع ٩/ ١٩٥، ابن قدامة، المغني ٤/ ١١٢.

(٦) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٨٠، الصاوي، بلغة السالك٢/ ٤٩، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٠٨.

٣- فسخ البيع ممن له الخيار، بأي لفظ أو فعل يدل عليه، فإذا اختار الفسخ، ينفسخ البيع كما له حق الإمضاء، غير أن أبا حنيفة ومحمداً اشترطا علم الطرف الآخر في حالة الفسخ، لأنه تصرف في حق الغير، ولا يخلو من الضرر، لأن الطرف الآخر قد يعتمد تمام البيع، فيتصرف فيه إن كان مشترياً، أو يطلب لسلعته مشترياً إن كان بائعاً. وقياساً على عزل الوكيل قصداً حال عدم علمه، فإن حكم العزل لا يثبت في حق الوكيل ما لم يعلم به، كيلا يتضرر بلزوم دفع الثمن من ماله إذا كان وكيلاً بالشراء، وبطل تصرفه إذا كان وكيلاً بالبيع [١]. فإذا فسخ بغيبته، فعلم به في مدة الخيار، تم الفسخ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة، تم العقد.

أما الإمام الشافعي [٢]، وأحمد [٣]، وأبو يوسف [٤] فلا يشترطون علم الطرف الآخر، لأن من له الخيار مسلط عليه من قبل الآخر، فلا يشترط علمه، كبيع الوكيل، فإنه يجوز مع عدم علم الموكل.ولأن الخيار أثبت له حق الإجازة والفسخ، فكما تجوز الإجازة مع غيبته،يجوز الفسخ.

وقد أخذ القانون المدني الأردني برأي أبي حنيفة ومحمد، فقد نص في المادة (١٨٢) على: (١- يشترط لصحة الفسخ اختياره في مدة الخيار، وعلم الطرف الآخر به، إن كان الفسخ بالقول، ولا يشترط فيه التراضي، أو التقاضي).

٤- موت من له الخيار: يسقط الخيار وتنتهي مدته بموت من له الخيار، ويتم العقد من جهته، ولا ينتقل إلى ورثته، سواء أكان بائعاً أم مشترياً، عند الحنفية [٥]، والحنابلة [٦]، والثوري [٧]. لأن حق الفسخ بخيار الشرط لا يصح الاعتياض عنه فلم

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٥١١-٥١٢.
(٢) النووي، المجموع ٩/ ٢٠٠.
(٣) ابن قدامة، المغني ٤/ ١١١.
(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٥١١.
(٥) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٤٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٨١.
(٦) ابن قدامة، المغني ٤/ ٧٧.
(٧) المصدر السابق.

يورث، ولأن خيار الشرط ليس وصفاً بالمبيع حتى يورث بإرثه، وإنما هو مشيئة وإرادة، فهو وصف قائم بشخص من ثبت له فلا يورث عنه، لأن الإرث يجري فيما يمكن نقله، والوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال. وإن كان للآخر خيار الشرط، فهو على خياره، لأن موت غيره لا يكون سبباً لسقوطه حقه، وإن أمضى البيع لزم، وإن فسخه انفسخ.

ولا يبطل خيار الشرط، ولا يسقط أجله بموت من له الخيار، بل ينتقل إلى ورثته مثلما كان له عند المالكية[١]، والشافعية[٢]، وقول عند الحنابلة[٣]، لأنه حق مالي لتعلقه بالمال، فينتقل إلى الوارث، لقوله ﷺ: "من ترك مالاً فلورثته"[٤]، وقياساً على خيار الرد بالعيب، ولأنه حق فسخ، فينتقل إلى الوارث كالفسخ بالتحالف. ولأنه حق ثابت لإصلاح المال، فلم يسقط بالموت، كالرهن، وحبس المبيع بالثمن.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بالقول الأول فنص في المادة (١٨٣) على أنه: (يسقط الخيار بموت صاحبه خلال مدته. ويلزم العقد بالنسبة إلى ورثته، ويبقى الآخر على خياره، وإن كان الخيار له حتى نهاية المدة).

---

(١) الدردير، الشرح الصغير ٢/ ٥٠، ابن حسين، تهذيب الفروق ٣/ ٢٨٣.

(٢) النووي، المجموع ٩/ ٢٠٥.

(٣) ابن قدامة، المغني ٤/ ٧٧.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب الدين، ح(٢٢٩٨)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته،ح(١٦١٩).

المطلب الثاني: خيار العيب

الفرع الأول: تعريف خيار العيب في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف العيب في اللغة والاصطلاح:

١- العيب في اللغة:

العيب في اللغة بمعنى الوصمة، وعاب الشيء والحائط عيباً، أي: صار ذا عيب، وعابه عيباً وعاباً، وعيّبه: نسبه إلى العيب، وجعله ذا عيب[١].

والعيب: النقص، والرداءة أو النقيصة التي يخلو منها الخَلق السليم أو الصنع السليم. قال الله تعالى: ﴿فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف: ٧٩]، أي: أجعلها ذات عيب، يعني السفينة[٢].

٢- العيب في الاصطلاح:

العيب: هو ما نقص عن الخلقة الطبيعية، أو الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع[٣]. كالصدع في الحوائط، والهشم في الأواني، وكون الثوب غير جديد، والسيارة التي فيها عطل في مكيف الهواء، والثلاجة التي لا تبرد ونحو ذلك.

ثانياً: تعريف خيار العيب:

خيار العيب: طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه[٤].

أو هو: الخيار الذي يثبت للمشتري بسبب وجود عيب في السلعة لم يخبره به

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١/ ٦٣٣، أنيس، المعجم الوسيط ٢/ ١٠٣٨.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٧٤.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٠.

البائع أو لم يعلم به البائع، لكنه تبين أنه موجود في السلعة قبل البيع.[١]

فالمشتري له الخيار بسبب وجود عيب- في المبيع- باطن، أو خفي، أو بسبب عدم وجود شرط اشترطه المشتري بين إمضاء العقد، أو فسخه، فإن شاء أخذ المبيع بعد علمه بالعيب، وإن شاء رده على البائع.

الفرع الثاني: مشروعية خيار العيب:

ثبتت مشروعية خيار العيب بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، إلا إذا كان بالرضا بين المتعاقدين، ووجود العيب في المبيع إذا علمه البائع مناف ومخالف للرضا المشروط في العقود، لما فيه من الغش والخديعة.

٢- عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال: حتى يتفرقا، فإن صدقا وبيّنا، بورك لهما في بيعهما، وإن كذّبا وكتما، محقت بركة بيعهما"[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أنه يجب على كل من البائع والمشتري أن يبين لصاحبه ما يحتاج إلى بيانه من عيب ونحوه في السلعة، وإن لم يبينا محق الله تعالى بركة هذا البيع[٣].

---

(١) الفوزان: الملخص الفقهي ج٢ص٢٧

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا،ح(٢٠٧٩)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، ح(١٥٣٢).

(٣) النووي، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١٧٦.

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:" من اشترى شاة مصراة، فهو بخير النظرين، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، وصاعاً من تمر لا سمراء[١]"[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بين أن التصرية[٣] في الحيوان عيب، لأنه تدليس على المشتري، وأنه بالخيار بين أن يمسك الشاة، وبين أن يردها[٤]، فدل ذلك على مشروعية خيار العيب.

٤- الإجماع: اتفق جميع الفقهاء على جواز خيار الرد بالعيب[٥].

قال السبكي رحمه الله تعالى: (لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة)[٦].

وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى: (متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به، فله الخيار بين الإمساك والفسخ، سواء كان البائع علم العيب وكتمه، أو لم يعلم، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً)[٧].

٥- المعقول: أن المشتري عندما قام بدفع الثمن، إنما يريد بذلك الحصول على سلعة سليمة، لأن غرضه الانتفاع بها، فإن وجدها معيبة جاز له الرد[٨].

---

(١) سمراء: أي القمح. انظر: ابن الأثير: النهاية ج٢ ص٣٩٩، الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٢١٥.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة، ح(٢١٤٨)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة،ح(١٥٢٤)، واللفظ له.

(٣) التصرية: هي حقن اللبن في الثدي أياماً حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير. انظر: ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٧٥.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٦٣ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٨.

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٥٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤/ ١٠٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٠، ابن قدامة، المغني٤/ ١٠٨، ابن حزم، المحلى ٩/ ٦٥.

(٦) المطيعي، تكملة المجموع ١٣/ ١١٧.

(٧) ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٨.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، الشيرازي، المهذب ١/ ٢٨٤، ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٨.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية خيار العيب:

الحكمة من مشروعية خيار العيب هي ضمان سلامة المبيع من العيب، ودفع الضرر عن العاقد، لأن سلامة المبيع من العيوب من مقتضيات العقد دلالة، فكانت كالمشروط نصاً، فعند فواته يتخير كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، لأن المشتري لما دفع الثمن، إنما دفعه رغبة في الحصول على مبيع سليم لينتفع به، فوجود العيب به مانع من الانتفاع بالمبيع انتفاعاً كاملاً، ودفع الضرر عنه ممكن بالرد بدون تضرر[١].

الفرع الرابع: حكم عقد البيع مع خيار العيب:

اتفق جمهور الفقهاء [٢] على أن عقد البيع مع خيار العيب يقع صحيحاً، لكنه غير لازم، فللمشتري الخيار: إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه. وأن مُلك المبيع للمشتري، وملك الثمن للبائع غير لازم كذلك، لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فإذا لم يسلم المبيع من العيب، لا يسلم البيع، وبالتالي لا يلزم حكمه، وهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال. ولكن اختلف الفقهاء حول ما يثبت للمشتري عند قيام خيار العيب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: للمشتري التخيير بين الرد، أو الإمساك بجميع الثمن، وبهذا قال الحنفية[٣]، والشافعية[٤]، والظاهرية[٥]. لأن المشتري كان بإمكانه أن يرد المبيع المعيب، ولكنه أمسك به ولم يرده لبائعه، فدل ذلك على رضاه بالعيب، والرضا

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٢١٩، الشيرازي، المهذب ١/ ٢٨٤، ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١١٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٨٦، ابن حزم، المحلى ٩/ ٤٤.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٨.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ٢٦.

(٥) ابن حزم، المحلى ٩/ ٤٩.

بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان.

القول الثاني: للمشتري التخيير بين الرد، أو الإمساك مع الأرش، أي يمسك المبيع المعيب ويأخذ الأرش، سواء رضي البائع بدفع الأرش، أو سخط به(١)، إلا إذا كان الإمساك مع الأرش يؤدي إلى الربا، فليس له إلا الرد، أو الإمساك فقط، وبهذا قال الحنابلة(٢). لأن المشتري وجد عيباً لم يعلم به، فكان له الأرش، لأنه فات عليه جزء من المبيع، فيجوز له المطالبة بعوضه.

القول الثالث: يرى المالكية(٣) التفريق بين العيب اليسير، والعيب الكثير، فقالوا: إن العيوب ثلاثة أنواع:

١- العيب اليسير: وهو الذي لا ينقص من الثمن، وهومما يتسامح به عادة بين التجار، ولا يثبت به للمشتري خيار العيب.

٢- العيب اليسير: الذي ينقص من الثمن، ويكون العقد فيه لازماً، ويحق للمشتري أن يحط من الثمن بمقدار نقص العيب، كالصدع في الحائط، والخرق في الثوب.

٣- العيب الكثير: أي الفاحش الذي ينقص مقداراً من الثمن في عادة التجار كالعشر، وللمشتري الخيار بين أن يرده على بائعه، أو يمسكه بكل الثمن، ولا أرش له، إلا أن يفوت في يده.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بقول الجمهور، حيث نص في المادة (١/٥١٣) على أنه: (إذا ظهر في المبيع عيب قديم، كان المشتري مخيراً: إن شاء رده، وإن شاء قبله

---

(١) الأرش: هو دية الجراحة. انظر: طلبة الطلبة، ص ٣٣٥.

(٢) ابن قدامة، المغني ٤/ ١١٩.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١١٣، الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٥٢، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٣٤.

بالثمن المسمى، وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن).

الفرع الخامس: شرائط خيار العيب:

يثبت خيار العيب للمشتري بشروط ثلاثة هي:

١- ظهور عيب معتبر: أي أن يكون عيباً يعتد به شرعاً، وتنطبق عليه مواصفات المعنى الفقهي، لا المعنى اللغوي، ولا يتم ذلك إلا بأن يتحقق فيه أمران هما:

أ- كون العيب مؤثراً في نقص القيمة، أو العين نقصاناً يفوت به غرض صحيح.

ب- كون الأصل في جنس المعقود عليه السلامة من العيوب[١].

٢- أن يكون العيب خفياً: أي أن يكون المشتري غير عالم بالعيب في المبيع عند العقد، وكان العيب موجوداً قبل القبض، أو كان بعده، واستند إلى سبب قبل القبض، سواء أكان العيب ظاهراً أم خفياً، فلو اشترى شيئاً وهو عالم بعيبه عند العقد، أو اشتراه جاهلاً بعيبه، ثم علم به عند القبض فقبضه عالماً بعيبه لم يكن له حق الخيار[٢].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الشرط في المادة (٤/٥١٣) فقال: (ويشترط في العيب القديم أن يكون خفياً، والعيب الخفي: هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع، أو لا يتبينه الشخص العادي، أو لا يكشفه غير خبير، ولا يظهر إلا بالتجربة).

ونص في المادة (١٩٤) على أنه: (يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٣، ابن قدامة، المغني ٤/ ١١٣.

(٢) المصادر السابقة.

قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه، وأن يجهله المشتري، وأن لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه).

ويستثنى من شرط كون المشتري غير عالم بالعيب عند العقد أمران، يكون له خيار العيب، ويضمن البائع فيهما وهما:

أ- إذا أكد البائع للمشتري أن المبيع خال من العيب، واطمأن المشتري ووثق بكلام البائع، فترك فحص المبيع قبل القبض، فإذا وجد المشتري عيباً بعد القبض، فله الخيار، وعلى البائع الضمان، لأنه غرر بالمشتري.

ب- أذا قام البائع بإخفاء العيب، كما لو باع آلة مكسورة بعد أن لحمها وطلاها بطلاء يخفي العيب، فإنه يضمن وللمشتري الخيار، لأن هذا العمل غش وتدليس[١].

٣- عدم اشتراط البراءة من العيب: أي أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب، فإن اشترط فقد اختلف الفقهاء في صحة البيع على ثلاثة أقوال هي:

القول الأول: يبرأ البائع من كل عيب، علمه البائع، أو لم يعلمه، وبهذا قال الحنفية[٢]. لأن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع، فإذا أسقطه سقط كسائر الحقوق الواجبة.

القول الثاني: لا يبرأ البائع إلا من العيب الخفي الباطن الذي لا يعلمه، أما العيب الذي يعلمه فلا يبرأ البائع منه. وبهذا قال المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، والظاهرية[٦]. لما روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما باع زيد بن ثابت رضي الله عنه عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم، فأصاب به زيد عيباً، فأراد

---

(١) الزرقا، العقود المسماة، ص ٢٣٥، الزحيلي، العقود المسماة، ص ٣٣٤.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء ١/ ١٠٢، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ٣٨.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠١، الحطاب، مواهب الجلي ٤/ ٤٤٠، ابن عبدالبر، الاستذكار ٩/ ٤٦.

(٤) النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٧٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٣.

(٥) ابن قدامة، المغني ٤/ ١٢٩، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٤٢٠.

(٦) ابن حزم، المحلى ٩/ ٢٨٨.

رده على ابن عمر، فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فأبى عبدالله أن يحلف، فقال عثمان: فردّه عليه، فباعه ابن عمر بألف درهم[١].

القول الثالث: بطلان البيع أصلاً. وهو قول عند الشافعية[٢].

وقد بين القانون المدني الأردني هذه الشروط، حيث نص في المادة (٥١٤) على: (لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم في الحالات التالية: ١- إذا بين البائع للمشتري العيب عند البيع. ٢- إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه، أو بعد علمه به من آخر. ٣- إذا اشترى المشتري المبيع، وهو عالم بما فيه من العيب. ٤- إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه، أو عن عيب معين، إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب، أو كان المشتري بحالة من الاطلاع على العيب).

الفرع السادس: توقيت خيار العيب وانتهاؤه:

أولاً: توقيت خيار العيب:

اختلف الفقهاء في ابتداء خيار العيب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: خيار الرد بالعيب على التراخي، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور، ولا يسقط بالتأخير ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا، وبهذا قال الحنفية[٣]، والحنابلة[٤]. لأنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي ولا يسقط كالقصاص.

القول الثاني: إنه على الفور، فتجب المبادرة للفسخ عند العلم بالعيب، وإلا سقط

---

(١) مالك، موطأ الإمام مالك ٢/ ٦١٣.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٧٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٣.

(٣) السرخسي، المبسوط ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٢.

(٤) ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٩، ابن قدامة، الكافي ٢/ ٩٨.

خيار العيب،

وبهذا قال الشافعية[١]، والحنابلة في رواية[٢]. لأن الأصل في البيع اللزوم، فيبطل بالتأخير من غير عذر، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر، فكان فورياً كالشفعة.

القول الثالث: ليس له وقت محدد في نفسه، وإنما تتعدد الحاجة إلى اختلاف المبيعات، فاليوم واليومان في اختيار الثوب، والجمعة والشهر ونحوه في اختيار الدار، وبهذا قال المالكية[٣].

ثانياً: انتهاء مدة خيار العيب:

تنتهي مدة خيار العيب بأمور:

١- زوال العيب قبل الرد: ويستوي بذلك أن يزول بنفسه، أو بوساطة البائع في زمن لا يضر بالمشتري[٤]، كما لوبيعت أرض وفيها بذر تعهد البائع بتركه، أو بالفراغ منه في زمن يسير، وكما لو اشترى داراً ثم رأى خللاً بسقفها، أو بالوعة[٥].

٢- الرضا بالعيب صراحة: وذلك إذا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به وبصورة صريحة، كأن يقول: رضيت بالعيب، أو أجزت العقد، أو أسقطت خيار العيب، ونحو ذلك من العبارات المفيدة للرضا، فإن الخيار يسقط، لأن الرد إنما كان لعدم وجود السلامة المشروطة دلالة في العقد، ورضا المشتري بالعيب قد دل على أنه تنازل عن هذا الشرط، أو لم يشترطه ابتداء وأنه لم يشترط السلامة دلالة[٦].

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٦، الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ٤٧.

(٢) المرداوي، الإنصاف ٤/ ٤٢٦.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٠٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٢١.

(٤) مالك، المدونة ٣/ ٣١٩، الشيرازي، المهذب ١/ ٢٨٤، ابن قدامة، الكافي ٢/ ٨٨.

(٥) الهيتمي، الفتاوى الكبرى ٢/ ٢٤٤.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٣.

٣- الإسقاط لخيار العيب والإبراء منه: إذا أسقط المشتري خيار العيب بصريح الإسقاط، أو بالإبراء من العيب، كقول المشتري: أسقطت الخيار، أو أبطلته، أو أبرأتك من العيب، فإنه يسقط خياره، لأن الإبراء إسقاط، وله ولاية الإسقاط لأن الخيار حق خالص له، وله حرية التصرف فيه استيفاء وإسقاطاً، والمحل قابل للسقوط فله النزول عنه(١).

٤- التصرفات الدالة على الرضا: وذلك بأن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب. وتنقسم هذه التصرفات إلى ثلاثة أنواع:

أ- تصرفات استعمال للمبيع واستغلال له وانتفاع به: فإذا تصرف المشتري بالمبيع وانتفع به بأي وجه كان دون انتقاص لعينه، أو إتلاف له، فيعتبر هذا التصرف مسقطاً للخيار(٢)، كلبس الثوب، وركوب السيارة لغير الرد، أو شراء العلف للحيوان، وسقي الأرض، أو زرعها، أو حصادها، أو عرض المبيع على البيع، أو الإجارة، أو الرهن، أو الهبة، لأن هذه التصرفات مختصة بالملك، فيكون الإقدام عليها دليل قصد إبقاء الملك وذلك بالإجازة.

وقد نص القانون المدني الاردني على هذا الشرط في المادة (٥١٥) بقوله: (إذا تصرف المشتري في المبيع تصرف المالك بعد إطلاعه على العيب القديم، سقط خياره).

ب- تصرفات إتلاف للمبيع: فإذا تصرف المشتري في المبيع بإتلافه على غير وجه الاستعمال، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه، أو قطعه، أو كان أرضاً فبنى عليها، أو

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٢، مالك، المدونة ٣/ ٣٣٣، الهيتمي، الفتاوى الكبرى ٢/ ١٣٦، ابن قدامة، المغني ٤/ ١١٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٢، المواق، التاج والأكليل ٤/ ٤٣٩، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٨، ابن قدامة، الكافي ٢/ ٨٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٢٣.

حنطة فطحنها، فإن مثل هذه التصرفات تسقط الخيار[١].

ج- تصرفات إخراج عن ملكه: إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه، بأن عقد عليه عقداً من عقود التمليك، كالبيع، أو الهبة مع التسليم أو الصلح، ثم اطلع على عيب قديم فيه، سقط خياره، لتعذر رد المبيع إلى البائع، لأن من شرائطه أن لا يكون امتناع الرد بسبب المشتري. وهذا عند الحنفية[٢]، والحنابلة[٣].

وذهب المالكية إلى أن هذه التصرفات إن كانت بعوض فهي مسقطة للخيار: للرد والأرش معاً، وإن كانت بغير عوض فله نقصان الثمن[٤].

أما الشافعية فذهبوا إلى التفرقة بين تصرف يحصل به اليأس من عود المبيع للمشتري، كالوقف، فهو مانع للرد، وبين تصرف يرجى معه العود لملكه، كالبيع فهو مسقط للخيار[٥].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذه الشروط في المادة (١/١٩٧) بقوله: (يسقط خيار العيب بالإسقاط، وبالرضا بالعيب بعد العلم به، وبالتصرف في المعقود عليه ولو قبل العلم به، وبهلاكه...)

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٢، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ٥٨، ابن رشد، المقدمات ٣/ ٣٠٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٢، السمرقندي، تحفة الفقهاء ١/ ٨٠، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢١.

(٣) ابن قدامة، المغني ٤/ ١١٧، ابن قدامة، الكافي ٢/ ٨٦، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٤٢٠.

(٤) ابن رشد، المقدمات ٣/ ٣٠٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٢٤.

(٥) النووي، روضة الطالبين ٣/ ٤٧٢، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٥٦.

المطلب الثالث: خيار الرؤية

الفرع الأول: تعريف خيار الرؤية في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف الرؤية في اللغة

الرؤية مصدر من الفعل رأى يرى، ومعناه لغة: النظر بالعين وبالقلب[١].

ثانياً: تعريف خيار الرؤية

خيار الرؤية: هو حق يثبت به للمتملك الفسخ، أو الإمضاء، عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره[٢]. أي: هو حق يثبت بمقتضاه للعاقد المشتري أن يفسخ العقد، أو يمضيه عند رؤية محل العقد المعين، إذا لم يكن رآه عند التعاقد، أو قبله بوقت لا يتغير فيه[٣].

الفرع الثاني: مشروعية خيار الرؤية:

الأصل في البيع والشراء أن يشتري الإنسان سلعة يراها وقت العقد، ويتعرف على الأمور المقصودة من السلعة، ثم تتم الصفقة، ولكن قد يشتري الإنسان سلعة غائبة عن مجلس العقد، ولم تتم رؤيتها وقت العقد، ويبين البائع للمشتري جنسها ونوعها، دون أوصافها التي ترغّب المشتري في السلعة، أو يبين له جنسها ونوعها وقدرها وصفاتها، ثم يشتريها المشتري، ثم يراها بعد انعقاد العقد، فإما أن يجدها كما وصفت له، أو يجدها خلاف ما وصفت له، فهاتان مسألتان نبحثهما في هذا المطلب:

---

(١) الفيومي، المصباح المنير، ١/ ٣٣٧، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص١٦٥٨.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ١٣٧، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ١٨.

(٣) أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد، ص٣٩٦، الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٣٤٧.

المسألة الأولى: شراء سلعة غائبة بيّن جنسها ونوعها، ولم توصف: إذا اشترى سلعة غائبة عن مجلس العقد، وبين البائع للمشتري جنسها ونوعها، ولم يبين صفاتها، كأن يقول البائع: بعتك سيارتي اليابانية (كورولا) بكذا، دون أن يذكر موديلها ولونها ونوعية المحرك وسائر مواصفاتها المعروفة، فقد اختلف الفقهاء في صحة العقد على قولين هما:

القول الأول: يصح العقد، وبهذا قال الحنفية(١)، والمالكية في المشهور(٢)، والشافعية في القديم(٣)، والإمام أحمد في رواية(٤).

واختلف أصحاب هذا القول في حق رجوع المشتري عن العقد عند رؤيته للمبيع بموجب خيار الرؤية على قولين:

١- يثبت للمشتري حق الرجوع عن عقد البيع، بموجب خيار الرؤية عند رؤيته للمبيع، سواء اشترطه أو لم يشترطه، وثبوته من قبل الشارع، وليس باشتراط المشتري، ويكون العقد جائزاً في حقه، لا لازماً، فإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن، وإن شاء رده. وبهذا قال الحنفية(٥)، والمالكية(٦)، والشافعية(٧)، والحنابلة(٨). واستدلوا بما يلي:

أ- عن أبي هريرة رضي الله عن النبي ﷺ قال:" من اشترى شيئاً لم يره، فهو

(١) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٦٨، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٢، البابرتي، شرح العناية ٦/ ٣٣٥.
(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٩٦، الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٢٥.
(٣) الشيرازي، المهذب ١/ ٢٦٣، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٦٨، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٠.
(٤) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣١، ابن قدامة، الكافي ٢/ ١٢، ابن مفلح، المبدع ٤/ ٢٤.
(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٢، البابرتي، شرح العناية ٦/ ٣٣٥.
(٦) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٩٦، الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٢٥.
(٧) الشيرازي، المهذب ١/ ٢٦٣، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٢.
(٨) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣١، ابن قدامة، الكافي ٢/ ١٢، ابن مفلح، المبدع ٤/ ٢٤.

بالخيار إذا رآه"[١]، وفي رواية:" من اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه"[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري، فيما إذا اشترى ما لم يره، والحديث بإطلاقه يشمل العين الغائبة التي وصفت للمشتري، والتي لم توصف، فدل ذلك على مشروعية خيار الرؤية[٣].

ب- ما روي أن عثمان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه، فقيل لطلحة بن عبيد الله: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأني بعت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة[٤]. وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، فحكم جبير ورجوعهما إلى حكمه، وعدم وجود النكير من أحد من الصحابة، دل على أنه إجماع منهم.

ج- ولأن جهالة الوصف في المبيع تؤثر في الرضا الذي هو شرط صحة عقد البيع، فيوجب خللاً فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار، فيثبت الخيار للمشتري إذا اشترى ما لم يره، ولم يوصف له، وذلك عند رؤيته للمبيع، فله الرجوع عن العقد، كما أن له إمضاء العقد[٥].

---

(١) الدارقطني، سنن الدارقطني، باب البيوع، ح(٨)، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة،ح (١٠٤٢٤). والحديث ضعيف ضعفه الدارقطني.

(٢) الدارقطني، سنن الدارقطني، باب البيوع، ح(٨)، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة،ح (١٠٤٢٥)، ابن حجر، تلخيص الحبير ٣/ ٦، ح(١١٣٠)، والحديث ضعيف ضعفه الدارقطني.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٢، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٢، ابن قدامة، الكافي ٢/ ١٢.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة، ح (١٠٤٢٣)، والأثر حسنه النووي في المجموع ٩/ ٢٨٩.

(٥) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٦٩، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٥.

٢- لا يملك المشتري حق الرجوع عن العقد عند رؤيته للمبيع، ويكون العقد لازماً في حقه، وبهذا قال الحنابلة في رواية[١].

واستدلوا: بقياس عقد البيع على عقد النكاح، فإن عقد النكاح يصح مع غيبة المعقود عليه، وعدم رؤيته وعدم وصفه، ولا يملك الزوج الخيار في الرجوع عند رؤيته للمعقود عليه، فكذا عقد البيع يصح مع غيبة المعقود عليه وعدم وصفه، ولا يملك المشتري الخيار في الرجوع عند رؤيته للمعقود عليه، بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة.

القول الثاني: عدم صحة العقد على العين الغائبة، التي لم يتم رؤيتها عند العقد، ولم يتم وصفها، وهو القول الثاني للمالكية[٢]، والشافعية في الجديد[٣]، وجمهور الحنابلة[٤].

المسألة الثانية: شراء سلعة غائبة بيّن جنسها ونوعها، ووصفت للمشتري: إذا اشترى سلعة غائبة عن مجلس العقد، وبين البائع للمشتري جنسها ونوعها، ومواصفاتها، كأن يقول البائع للمشتري: بعتك سيارتي اليابانية كورلا ومواصفاتها كذا وكذا، ورضي المشتري بذلك. فإذا وجد المشتري العين المشتراة بعد العقد أنقص مما وصفت له، ولم تكن متطابقة للصفات المذكورة في العقد، كان للمشتري حق الرجوع عن العقد[٥]، لأن المبيع لم يُسلم للمشتري على الوجه الذي عقد عليه العقد، فصار كما لو وجد المشتري بالمبيع عيباً، ولأن المشتري وجد العين الموصوفة بخلاف الصفة التي وصفت له، فلم يلزمه قبول العين كالمسلم فيه إذا وجده المسلمُ

---

(١) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣١، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٢٩٥.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٢٩٦، الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٢٥.

(٣) الشافعي، الأم ٣/ ٣، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٦٨، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٠.

(٤) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣١، ابن مفلح، المبدع ٤/ ٢٤، المرداوي، الإنصاف٤/ ٢٩٦.

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٣٣٥، ابن عبد البر، الكافي ٢/ ٦٧٨، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٣، ابن قدامة، الكافي ٢/ ١٣، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٢٩٨.

خلاف ما وصف، فإنه لا يلزمه قبوله، فكذا المبيع الموصوف[١].

فإذا وجد المشتري المبيع بعد العقد كما وصف له، أو أحسن مما وصف له، فقد اختلف الفقهاء في لزوم العقد، وعدم ثبوت حق الخيار على قولين:

القول الأول: العقد لازم في حق المشتري بالرؤية، ولا يملك حق الرجوع عن العقد، وبهذا قال المالكية[٢]، والشافعية في أحد الوجهين[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]. لأن المعقود عليه عين معينة موصوفة قبضها المشتري، موافقة لصفاتها في العقد، فلم يكن له الخيار في الرجوع كالمسلم فيه، إذا قبضه المسلم موافقاً لما وصف في العقد، فإنه لا يملك المسلم رد المسلم فيه، فكذا بيع العين الغائبة الموصوفة إذا وجدها المشتري بعد العقد موافقة لما وصفت له، بجامع أن كلاً من البيع والسلم من عقود المعاوضات المالية. ولأن الخيار إنما يثبت إذا جاء البائع بالعين المبيعة أنقص مما وصفها، ولا يثبت إذا جاء بالعين كما وصفت له، أو أحسن مما وصفت له[٦].

القول الثاني: العقد جائز في حق المشتري، وليس بلازم، ويملك المشتري حق الرجوع عن العقد، أو إمضائه عند رؤيته، وبهذا قال الحنفية[٧]، والشافعية في الوجه الثاني[٨]، والشعبي والثوري والحسن البصري[٩]. لحديث مكحول مرفوعاً:" من

---

(١) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٤.

(٢) يرى المالكية جواز اشتراط خيار الرؤية، فلو اشترطه المشتري لنفسه صح شرطه، وثبت له الخيار ولو وجد المبيع كما وصف. انظر: ابن عبد البر، الكافي ٢/ ٩٧٩.

(٣) الشيرازي، المهذب ١/ ٢٦٤، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٣.

(٤) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٤، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٢٩٨.

(٥) ابن حزم، المحلى ٨/ ٣٣٧.

(٦) الشيرازي، المهذب ١/ ٢٦٤، ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٤.

(٧) ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ٣٣٥، الموصلي، الاختيار ٢/ ١٥.

(٨) الشيرازي، المهذب ١/ ٢٦٤، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٣.

(٩) النووي، المجموع ٩/ ٢٩٣، ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٤.

اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه"[١]. فالحديث لم يفرق بين أن يجد المشتري المبيع كما وصف له، أو يجده خلاف ما وصف له.

المطلب الثالث: شروط قيام خيار الرؤية

المراد بالرؤية: العلم بالمعقود عليه، الغائب عن مجلس العقد، أو الحاضر لكنه مستور غير مرئي عن عين المشتري، سواء أكان ذلك العلم يحصل بالرؤية البصرية، أو بأي حاسة من الحواس، كاللمس، والذوق، أو الشم، أو السمع، فهو في كل شئ بحسبه.

ولا تشترط رؤية الجميع، فقد يكتفى برؤية البعض عن الكل بما يدل على العلم بالمعقود عليه، إذا كان المبيع أشياء لا تتفاوت آحادها، كالمثليات مثل شراء الكتب، أو السيارات المتماثلة المبين جنسها، ونوعها، وصفتها وقدرها، أما إذا كان المبيع أكثر من واحد من تلك الأشياء المتفاوتة، كعدد أنواع من السيارات مثلاً، فرؤية البعض لا تعرّف الباقي للتفاوت في آحاده[٢].

ويشترط لقيام خيار الرؤية الشروط التالية:

١- كون المحل المعقود عليه عيناً: أي ما ينعقد العقد على عينه، لا على مثله، وهو ما يعين بالوصف ويثبت في الذمة، فلا يتصور في النقد، والديون خيار رؤية، لأن العقد ينعقد على مثلها لا على عينها وهي لا تقبل التعيين، فلو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم، فلصاحب الدينار أن يدفع غيره، وكذا لصاحب الدراهم، بخلاف الأعيان، فإنها تتعين بالتعيين ولا يحق لدافعها تبديلها، والأعيان: هي الأراضي والدواب، وكل ما لم يكن من المثليات[٣].

---

(١) سبق تخريجه، ص(١١٥).

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ٢٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٨، النووي، المجموع ٩/ ٢٨٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٩٢،ابن الهمام، شرح فتح القدير٥/ ١٤٣،ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٣.

٢- عدم رؤية المعقود عليه عند العقد، أو قبله مع عدم التغير: وذلك إما لقرب الزمن بين الرؤية والعقد، وإما لكون المعقود عليه لا يتغير كالأرض، وسواء في الرؤية أن تكون للمعقود عليه كله، أو لنموذج منه، أو الجزء الدال على الكل، لأن سبب ثبوت الخيار أن الرؤية السابقة تمنع ثبوت الخيار إذا توافر فيها أمران:

أ- عدم التغير: فبالتغير يصير شيئاً آخر، فيكون مشترياً شيئاً لم يره.

ب- أن يكون المشتري عالماً وقت العقد أن ما يعقد عليه هو مرئيه السابق، فلو لم يعلم به،

كأن رأى ثوباً ثم اشتراه ملفوفاً بساتر، وهو لا يعلم أنه ذلك الذي رآه، فله الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا(١).

وقد نص القانون المدني الأردني على هذين الشرطين في المادة (١٨٤) فقال: (يثبت خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ لمن صدر له التصرف، ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه، وكان معيناً بالتعيين).

وعلى هذا فمن رأى عيناً بقصد شرائها، ثم عقد عليها العقد مع البائع بعد ذلك بزمن لا تتغير فيه العين، صح العقد، فإذا وجد المشتري العين المشتراة بعد العقد متطابقة لما رآها قبل انعقاد العقد، لزم العقد، ولا يثبت له خيار الرؤية، لأن الخيار يثبت عند فوات العلم بأوصاف المبيع، وهنا العلم بأوصاف المبيع حاصل بالرؤية السابقة، فلا يثبت الخيار في الرجوع عن العقد. وإذا وجد المشتري العين متغيرة وناقصة مما رآها قبل العقد، ففي هذه الحالة يثبت للمشتري الخيار في الرجوع عن العقد، ويكون العقد في حقه جائزاً، لأن المبيع إذا تغير عن حاله التي رآه المشتري عليها، صار شيئاً آخر، فكان ذلك كأنه اشترى شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه(٢).

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٢، ابن جزي، قوانين الأحكام، ص ٢٨٦، النووي، المجموع ٩/ ٢٩٦، ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٥.

الفرع الرابع: توقيت خيار الرؤية وانتهاؤه:

أولاً: وقت ثبوت خيار الرؤية:

يثبت خيار الرؤية وقت رؤية المبيع لا قبله، ولذا لو أمضى العقد قبل رؤية المبيع ورضي المشتري به صريحاً بأن قال: أجزت، أو رضيت بالبيع، أو أسقطت خياري، أو تنازلت عن خيار الرؤية، ثم رآه بعد العقد كان له أن يرده بخيار الرؤية، لأن خيار الرؤية حق أثبته الشارع بعد الرؤية، فهو معلق بالرؤية بالنص، حيث قال:" فهو بالخيار إذا رآه"، وإسقاط الشيء بل ثبوته وثبوت سببه محال، ولأن المبيع قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم به وبوجود سببه محال، فكان ملحقاً بالعدم[1].

ثانياً: انتهاء مدة خيار الرؤية:

ينتهي خيار الرؤية بالأمور التالية:

١- رضى المشتري بالسلعة المشتراة بعد الرؤية: إذا رضي المشتري بالسلعة صراحة، كأن يقول: رضيت بالسلعة، أو أمضيت العقد، أو أجزته، أو رضي دلالة وذلك كأن يتصرف في السلعة تصرف الملاك مما يدل على رضاه بها، كأن يبيع السلعة بعد الرؤية، أو يؤجرها، أو يبني عليها إن كانت أرضاً، انعقد البيع ولزم، سواء علم البائع بالإجازة أم لم يعلم، لأن إقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا، ولولا هذا التقدير لكان متصرفاً في ملك الغير وهو حرام، فجعل ذلك إجازة، صيانة له عن ارتكابه[2].

---

(١) السرخسي، المبسوط ١٣/ ٧١، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٥، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ١٣٩، الموصلي، الاختيار ٢/ ١٦، شليبك، أحكام الإسقاط، ص ٣٠٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٩٦، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ١٤٥، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٢٩٦، الرحيباني، مطالب أولى النهى ٣/ ٢٨.

٢- تعيب السلعة في يد المشتري: إذا تعيبت السلعة في يد المشتري بعد الرؤية، أو تعذر ردها على البائع بالتلف، أو تعذر فسخ العقد، سقط خيار الرؤية، لأنه بالتعيب لا يمكن إرجاع السلعة إلى البائع كما استلمها المشتري، والخيار لم يشرع إلا لأجل رد السلعة على البائع كما قبضه المشتري، فإذا تعذر ذلك، سقط الخيار، لعدم الفائدة منه[١].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذين الشرطين في المادة (١٨٧) فقال: (١- لا يسقط خيار الرؤية بالإسقاط. ٢- ويسقط برؤية المعقود عليه، وقبوله صراحة، أو دلالة، كما يسقط بموت صاحبه، وبهلاك المعقود عليه كله أو بعضه، وبتعيبه، وبتصرف من له الخيار فيه تصرفاً لا يحتمل الفسخ، أو تصرفاً يوجب حقاً لغيره).

المطلب الرابع: خيار المجلس

الفرع الأول: تعريف خيار المجلس في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف المجلس في اللغة:

المجلس بكسر اللام ظرف مكان، بمعنى موضع الجلوس[٢]. والمراد به هنا: مكان التبايع، أي مجلس العقد.

ثانياً: تعريف المجلس في الاصطلاح:

المجلس في الاصطلاح: هو مكان التبايع، ومكان التعاقد[٣]. فما دام المكان الذي يضم كلا العاقدين واحداً، فلهما الخيار في إمضاء العقد، أو فسخه، إلى أن يتفرقا،

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الفيومي، المصباح المنير ١/ ١٤٤، الرازي، مختار الصحاح، ص٤٥، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص٦٩٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٥، البهوتي، شرح المنتهى ٢/ ١٦٦.

ويكون لكل واحد منهما مجلس مستقل.

ومجلس العقد: هو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد[١].

ثالثاً: تعريف خيار المجلس:

خيار المجلس: هو حق العاقدين في إمضاء العقد أو رده، منذ التعاقد إلى التفرق، أو التخاير. أي بعد صدور الإيجاب والقبول، ما داما مجتمعين في مجلس العقد ولم يتفرقا[٢].

الفرع الثاني: مشروعية خيار المجلس:

إذا قال البائع للمشتري: بعتك هذه السيارة بعشرة آلاف درهم، فالمشتري بالخيار بين القبول والرد مادام العاقدان في مجلس العقد، ولم يتفرقا بأبدانهما، أو لم يأخذا في عمل آخر، وذلك لأنه لو سقط خيار المشتري ببذل البائع، للزم البيع من غير اختيار المشتري جبراً عليه، بعد أن شُرع البيع عن اختيار وتراض، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]، ولدخل المبيع في ملك المشتري، وهذا ليس في قدرة البائع، ولأفضى الأمر إلى ضرر وفساد.

ويملك البائع الخيار في الرجوع عن قوله قبل قبول المشتري في مجلس العقد، لأن

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق ٥/ ٢٨٥، النفراوي، الفواكه الدواني ٢/ ١٠٩، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٥.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٤٠٩، النووي، المجموع ٩/ ١٧٤، ابن قدامة، المغني ٤/ ٥، ابن حزم، المحلى ٨/ ٣٥١.

رجوع البائع لا يتضمن إبطال حق الغير، لأنه أثبت للمشتري حق التملك بقوله: بعتك بكذا، مع العلم أن الملك ثابت للبائع قبل قبول المشتري حقيقة، وحقيقة الملك مقدم على حق التملك.

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٩٦) على أن: (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، ويبطل الإيجاب إذا رجع الموجب عنه بعد الإيجاب، وقبل القبول، أو صدر من أحد المتعاقدين قول، أو فعل يدل عاى الاعراض، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك).

وكذلك إذا تم الإيجاب والقبول بين المتابعين، وتفرقا بالأبدان عن مجلس العقد، دون فسخ، فإن البيع يصير لازماً، لا يستقل البائع أو المشتري بالرجوع عنه، دون رضا الطرف الآخر، وذلك ما لم يكن هناك سبب آخر لجواز العقد والرجوع عنه بسبب بقية الخيارات، لقوله ﷺ: "إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير احدهما الآخر، فإن خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك الواحد منهما البيع، فقد وجب البيع".[١]

ولكن اختلف الفقهاء في لزوم البيع وعدم ثبوت خيار المجلس فيما إذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين، وتوافرت الشروط والأركان، وكانا العاقدان في مجلس العقد، على قولين:

القول الأول: ذهب بعض المالكية[٢]، الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية، إلى

---

(١) البخاري: الصحيح ٢/ ٦٤ كتاب البيوع باب إِذَا خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ البَيْعِ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ حديث رقم (٢١١٢)

(٢) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٤٠٩، الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٤٦.

(٣) النووي، المجموع ٩/ ١٦٩، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٤٣٧.

(٤) ابن قدامة، المغني ٣/ ٤٨٢، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٣٦٣، البهوتي، الروض المربع ٢/ ١٧٢.

إثبات خيار المجلس، ما داما مجتمعين في مجلس العقد، فلا يلزم العقد ويستقل كل واحد منهما بالرجوع عنه بموجب خيار المجلس، ولا ينعقد إلا بالتفرق عن المجلس، أو التخاير واختيار إمضاء العقد، وبه

قال من الصحابة أبو هريرة، وابن عمر، وابن عباس، ومن التابعين شريح والشعبي وطاووس وعطاء وغيرهم[١]. واستدلوا بما يلي:

١- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال:" المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار"[٢]، وفي رواية:" ما لم يتفرقا أو يكون البيع خيارا"[٣]، وفي رواية أخرى:" أو يخير أحدهما الآخر"[٤]. فهذه الأحاديث تدل على إثبات الخيار في فسخ العقد والرجوع عنه من الشرع للمتبايعين، بعد انعقاد البيع بالإيجاب والقبول، أما قبل ذلك فهما متساومان، وللقابل خيار في القبول أو الرد[٥].

ومما يدل أن هذا الخيار بعد انعقاد العقد قبل التفرق بالأبدان، أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا اشترى شيئاً، وتم الإيجاب والقبول، قام من المجلس، ومشى قليلاً ثم يرجع، وذلك ليلزم العقد[٦].

---

(١) النووي، المجموع ٩/ ١٨٤، ابن قدامة، المغني ٦/ ١٠، ابن حجر، فتح الباري ٤/ ٣٨٥، الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٢٩١.

(٢) سبق تخريجه، ص(٩٦).

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار،ح(٢١٠٧)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتابعين،ح(١٥٣١).

(٤) سبق تخريجه، ص(٩٦).

(٥) الشافعي، الأم ٣/ ٤، الشيرازي، المهذب ١/ ٢٥٧.

(٦) النووي، المجموع ٩/ ١٨٥، ابن قدامة، المغني ٦/ ١٠.

٢- روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ اشترى من أعرابي حِمْل خبط[١]، فلما وجب البيع، قال له النبي ﷺ:" اختر"، فقال له الأعرابي: عَمْرَك الله[٢] بيعاً، وفي لفظ قال له الأعرابي: إن رأيتُ كاليوم قط بيعاً خيراً وأفقه، ممن أنت؟، قال:" من قريش"[٣]. فالنبي ﷺ خير الأعرابي بعد انعقاد البيع، مما يدل على أن الأعرابي كان بالخيار في الرجوع عن العقد إلى وقت الاختيار، فدل على مشروعية خيار المجلس بعد انعقاد عقد البيع[٤].

٣- أن حاجة الناس داعية إلى مشروعيته، لأن الإنسان بعد أن يبيع شيئاً قد يبدو له فيندم، فبالخيار الثابت له في المجلس يمكنه التدارك[٥].

القول الثاني: ذهب الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والثوري والليث[٨] إلى نفي خيار المجلس، فإذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين، انعقد العقد ولزم، ولا يملك أحد المتبايعين أو كلاهما خيار المجلس، ولا الرجوع عن العقد بموجبه. واستدلوا بما يلي:

١-﴿ يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن

---

(١) الخبط: الضرب، يقال: خبط البعير الأرض، ضربها بيده. انظر: الفيومي، المصباح المنير١/ ٢٢٢، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ١/ ٣٩٠.

(٢) عمرك الله: أي أعمرك الله أن تفعل كذا، أي أذكرك الله، تحلفه بالله وتسأله طول العمر. انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٢/ ١٧٥.

(٣) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع الخيار، ح(٢١٨٤)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء: البيعان بالخيار، ح(١٢٧٦)، الحاكم، المستدرك ٢/ ٤٨. قال الترمذي: حسن غريب، وصححه الحاكم.

(٤) النووي، المجموع ٩/ ١٨٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٨، النووي، المجموع ٩/ ١٨٧.

(٦) الكاساني، البدائع ٥/ ٢٢٨، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٨١.

(٧) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٤٠٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٩١، ابن عبد البر، الكافي ٢/ ٧٠١.

(٨) الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ١٩٧.

﴿تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فهذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراض بين المتبايعين مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد(١).

٢- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] . أوجبت الآية الوفاء بالعقود، فإذا لم يقع العقد لازماً بعد الإيجاب والقبول لم يتحقق وجوب الوفاء به، وهو ما تقتضي به الآية(٢).

٣- قوله ﷺ:" من ابتاع طعاماً، فلا يبعه حتى يستوفيه"(٣). فدل الحديث على منع بيع الطعام قبل قبضه، فإذا قبضه جاز بيعه ولم يقيده بالتفرق، فلو كان قيداً لذكره، كما ذكر قيد الاستيفاء في بيع الطعام.

٤- أن البيع صدر من العاقدين مطلقاً عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال، فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما، أو تصرفاً في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز، كما لم تجز الإقالة أو الفسخ من أحدهما بعد الافتراق(٤).

---

(١) الكاساني، البدائع ٥/ ٢٢٨، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٨١، النووي، المجموع ٩/ ١٨٤.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٥/ ٨١، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٤٠.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي، ح(٢١٢٦)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض،ح(١٥٢٦).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٨، الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٣.

الفصل الثالث

عقود المعاوضات

وفيه المباحث الآتية:

المبحث الأول : بيع الربا وعقد الصرف وبيع العينة

المبحث الثاني: بيع المرابحة والعربون

المبحث الثالث: عقد السلم

المبحث الرابع: عقد الاستصناع

المبحث الخامس: عقد الإجارة

المبحث السادس: عقد الجعالة

المبحث السابع: عقد الشفعة

المبحث الأول

بيع الربا وعقد الصرف وبيع العينة

المطلب الأول : بيع الربا

تعريف الربا :

الربا لغة: من ربا يربو بمعنى الزيادة والنماء .

يقال ربا الشيء إذا زاد ومنه قوله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِي ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]أي يضاعفها ويزيدها . يقال أربى الرجل إذا تعامل بالربا أو دخل فيه .

الربا اصطلاحاً: عرف الربا عند الحنفية بأنه:" فضل خال عن عوض شرط لأحد

المتعاقدين في المعاوضة "[١].

وعرف عند الحنابلة بأنه : " الزيادة في أموال مخصوصة "[٢] .

حكم الربا :

الربا محرم بالكتاب والسنة والإجماع

يقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

والله سبحانه وتعالى لم يأذن بحرب في كتابه لآكل الربا: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [البقرة: ٢٧٨ – ٢٧٩].

ويقول عليه الصلاة والسلام في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه : " اجتنبوا السبع الموبقات قيل : يا رسول الله وما هنّ ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات "[٣].

وفي حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : (لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله ، وشاهده ، وكاتبة)[٤] .

ويقول عليه الصلاة والسلام في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه:

---

(١) الهروي: فتح باب العناية ٢/ ٣٢٦ .

(٢) ابن قدامة: المغني ١/ ٨١١ .

(٣) البخاري: الصحيح٤/ ١٠كتاب باب حديث رقم (٦٨٥٧) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في التشديد بآكل مال اليتيم، ح(٢٨٧٤) واللفظ له.

(٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا، ح(١٥٩٧)، أبوداود، سنن أبي داود، كتاب البيوع باب في آكل الربا وموكله، ح(٣٣٣٣).

(الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء) [١] .

هذه الآيات وهذه الأحاديث وغيرها من الآيات و الأحاديث التي لم أذكرها خشية الإطالة فيها دلالة واضحة بينة على حرمة التعامل بالربا .

وقد أجمعت الأمة على تحريمه[٢] لما فيه من مضار اقتصادية واجتماعية وأخلاقية وسياسية لا تخفى على من له أدنى اطلاع في عالم الاقتصاد والمال .

وما الأزمة المالية المعاصرة الناجمة بشكل مباشر عن التعامل الربوي إلا خير مثال على ما نقول شهد بهذا القاصي والداني من خبراء الاقتصاد والمال .

أنواع الربا :

المشهور عند الفقهاء أن الربا يقسم إلى قسمين : ربا الفضل وربا النسيئة .

١-ربا الفضل:

الفضل هو الزيادة. وربا الفضل: هو بيع المال الربوي بجنسه مع الزيادة في أحد العوضين[٣] أو هو: البيع مع زيادة أحد العوضين[٤] وقد سمي بهذا الاسم لوجود الفضل أي الزيادة في أحد العوضين. وهذا النوع من الربا محرم عند الفقهاء[٥] لما يلي :

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، ح(١٥٨٤) .

(٢) ابن قدامة ، المغني ١/ ٨١١ .

(٣) طهماز – الفقه الحنفي ٤/ ٢٣٣ . الهروي– فتح باب العناية ٢/ ٣٥٦ .

(٤) الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٣٠ .

(٥)الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٣٢٧ ، الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٣١ ، ابن رشد– بداية المجتهد ٢/ ١١٦٧ ابن ضويان – منار السبيل ١/ ٣٢٦.

ما رواه أبو الأشعث بقوله: " غزونا غزاة وعلى الناس معاوية فغنمنا غنائم كثيرة فكان فيما غنمنا آنية من فضة. فأمر معاوية رجلا أن يبيعها في أعطيات الناس فتسارع الناس في ذلك فبلغ عبادة بن الصامت فقام فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، فرد الناس ما أخذوا "[١].

ما روي عن أبي سعيد الخدري عن أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خيبر فجاء بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ: (أكل تمر خيبر هكذا، فقال: لا والله يارسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: (فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً)[٢].

وهذان حديثان فيهما دلالة واضحة على منع التفاضل في الجنس الواحد والذي عليه جمهور الفقهاء أن المنع ليس خاصا بالأصناف الواردة وإنما هو من باب الخاص الذي أريد به العموم[٣].

يقول العمراني " فإن هذه الستة أشياء لم ينص عليها في تحريم الربا لأعيانها وإنما نص عليها لمعنى فيها، فمتى وجد ذلك المعنى في غيرها حرم فيها الربا هذا قول عامة العلماء إلا داود ونفاة القياس فإنهم قالوا " إنما نص عليها لأعيانها ولا يحرم الربا في غيرها "

(١) صحيح مسلم – كتاب المساقاة – باب بيع الطعام مثلاً بمثل، ح(١٥٩) .

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، ح(٢٢٠١)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، ح(١٥٩٣).

(٣) ابن رشد بداية المجتهد ٣/ ١١٦٧ .

ودليلنا إن القياس عندنا حجة ورد الشرع بالتعبد به فوجب العمل به "[١].

٢ – **ربا النسيئة** :

النسيئة من النسيئ وهو التأخير ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلنَّسِيٓءُ زِيَادَةٞ فِي ٱلۡكُفۡرِۖ﴾ [التوبة: ٣٧] إشارة إلى ما كان يفعله العرب في الجاهلية من تأخير بعض الأشهر الحرم إلى غيرها من الشهور وربا النسيئة هو" ربا التأخير أو الزيادة المشروطة المقابلة للأجل "[٢].

وربا النسيئة هو الذي كان معروفا عند عرب الجاهلية حيث كانوا يعطون المال إلى أجل مقابل زيادة فإذا حان الأجل ولم يتمكن المدين من السداد فإنه يعطى مهلة في الأجل مقابل زيادة أخرى على رأس المال .

وهذا الربا هو الذي عناه الحق سبحانه عزوجل بقوله ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضۡعَٰفٗا مُّضَٰعَفَةٗۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ١٣٠﴾ [آل عمران: ١٣٠].

حيث نهى عزوجل المؤمنين عن تعاطي الربا وأكله كما كان يفعله أهل الجاهلية وأمرهم بتقوى الله فيه[٣].

وهو الذي بينه الرسول ﷺ (وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا ربا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله)[٤].

وهذا النوع من الربا متعلق بالذمة وهو حرام باتفاق الفقهاء[٥] وكذلك فإن

---

(١) العمراني – البيان ٥/ ١٦٣ .
(٢) طهماز – الفقه الحنفي ٤/ ٢٣٥ .
(٣) ابن كثير – تفسير القرآن العظيم ص ٣٩٨ .
(٤) صحيح مسلم – كتاب المساقاة – باب حجة النبي ﷺ، ح(١٢١٨) .
(٥) طهماز، الفقه الحنفي ٤/ ٢٣٥، ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ١١٦٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٠، البهوتي، الروض المربع ص ٣٤٥ .

الفقهاء متفقون على حرمة ربا النسيئة المتعلق بالبيوع لما ورد في حديث أبي سعيد أن رسول الله ﷺ كان يقول (لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا شيئا غائبا منه بناجز إلا يدا بيد)[١].

علة الربا :

يقول ابن قدامة " اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد ابن جبير ... واتفق المعللون على أن علة الذهب والفضة واحدة وعلة الأعيان الأربعة واحدة ثم اختلفوا في علة كل واحد منها[٢] .

فالعلة في الربا عند الحنفية هي الكيل والوزن مع الجنس جاء من فتح باب العناية " علة وجوب المساواة وحرمة الفضل أو علة كون المال ربويا القدر أي الكيل والوزن مع الجنس "

فإن وجد الوصفان القدر والجنس حرم ربا الفضل وربا النسيئة فلا يجوز بيع شعير بشعير متفاضلاً لوجود الكيل مع الجنس ولا يجوز بيع الحديد بحديد متفاضلا لوجود الوزن مع الجنس وإن وجد أحدهما أي أحد الوصفين كأن يوجد الوزن القدر دون الجنس كالشعير مع العدس ، أو الجنس دون القدر كالحيوان مع جنسه يحرم ربا النسيئة فقط[٣]

والعلة في الربا عند المالكية الثمنية في الذهب والفضة وهي علة قاصرة وعلة ربا النسيئة في الأربعة الواردة في حديث عبادة بن الصامت البر والشعير والملح والتمر هي الطعم والادخار دون اتفاق الصنف فإذا اختلفت الأصناف فيها جاز التفاضل

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الربا، ح(١٥٨٤).

(٢) المغني ١/ ٨١٢ . أنظر كذلك شرح النووي على صحيح مسلم ١١/ ١٢ .

(٣) الهروي – فتح باب العناية ٢/ ٣٥٩ .

دون النسيئة.

ولذلك يجوز عندهم التفاضل في الصنف الواحد من المطعومات التي لا تدخر ولا يجوز النساء .

فالادخار إذن شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد ، والطعم بإطلاق علة منع النساء في المطعومات[١].

وأما علة الربا عند الشافعية فهي في الأظهر عندهم الطعمية في المطعومات وإن لم يكن المطعوم مكيلا أو موزونا . فلا يجوز بيع مطعوم بمطعوم إذا اتحد الجنس إلا بشرط التماثل والتقابض قبل التفرق .

وإذا اختلف الجنس جاز التفاضل بشرط الحلول والتقابض .

والمماثلة عندهم تكون في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا[٢].

والعلة في النقدين الذهب والفضة الثمنية وهي علة قاصرة لا تتعدى إلى غيرها من المعادن يقول العمراني " وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيه الربا فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا ونسيئة " ويقول أيضا " وما يحرم فيه الربا لعلة واحدة إذا أريد بيع بعضه ببعض فإن كان ذهبا أو فضة نظر فإن أراد بيع الجنس بعضه ببعض كالذهب بالذهب والفضة بالفضة فلا يجوز إلا مثلا بمثل ، ولا يجوز التفرقة قبل القبض ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر إلى أجل[٣].

وإن بيع أحد الجنسين بالآخر كبيع الذهب بالفضة جاز فيهما التفاضل واشترط التقابض فيهما قبل التفرق"

---

(١) ابن رشد – بداية المجتهد ٣/ ١١٦٩ .

(٢) الشربيني – مغني المحتاج ٢/ ٣٣ .

(٣) العمراني : البيان ٥/ ١٧٢

والرواية المشهورة عند الحنابلة أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون الجنس.

وأما علة الربا في الأصناف الأخرى الواردة في الحديث القمح والشعير والملح والتمر فهي كونها مكيل الجنس وهذا قول النخعي والزهري والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي(١).

وعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم كالحبوب والقطن والصوف والحديد والنحاس و لا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن.

ويعلل ابن قدامة اعتبار الكيل والوزن والجنس علة بقوله " لأن قضية البيع المساواةوالمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فإن الوزن والكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكان علة(٢).

والفقهاء في تجويزهم لبيع التفاضل مع اختلاف الجنس إذا كان حالا وعدم تجويزهم بيع النساء مع اختلاف الجنس يعتمدون على أحاديث عدة منها:

قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبادة " الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد "(٣).

ما ثبت عن أبي بكرة عن أبيه قال نهى رسول الله ﷺ عن الفضة بالفضة والذهب بالذهب أي سواء بسواء، وأمرنا أن نشتري الفضة بالذهب كيف شئنا، ونشتري الذهب بالفضة كيف شئنا قال: فسأله رجل فقال: يدا بيد هكذا

---

(١) العمراني، البيان ٥/ ١٧٠.

(٢) ابن قدامة – المغني ١/ ٨١٢.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، ح(١٥٨٧).

سمعت"[١].

عن أبي المنهال قال سألت البراء بن عازب عن الصرف فقال سل زيد بن أرقم فهو أعلم فسألت زيدا فقال سل البراء فإنه أعلم ثم قالا: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الورق بالذهب دينا "[٢]

مسائل مختلف في جريان الربا فيها:

الخلاف الذي جرى بين الفقهاء في علة الربا أدى إلى اختلافهم في بعض المسائل من حيث جريان الربا فيها أو عدم جريانه وإليك بعضها على سبيل المثال لا الحصر:

بيع مال ربوي مع غيره بمال ربوي:

جاء في بداية المجتهد " ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم إذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد، أو يكون مع كل واحد منها عرض والصنفان مختلفان في القدر فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيلين من التمر ودرهم . والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم. فقال مالك والشافعي والليث إن ذلك لا يجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون إن ذلك يجوز " فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع ؟[٣].

الذي عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٤] أن الأموال الربوية

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب دينا، ح(١٥٩٠). .

(٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً، ح(١٥٨٩).

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ج/ ١١٨٥، وانظر العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٥/ ١٩٧ .

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ج/ ١١٨٥، الشربيني، الخطيب، مغني المحتاج ٢/ ٣٩، العمراني، البيان ٥/ ١٩٧ ، ابن ضويان، منار السبيل ١/ ٣٣٢ ، ابن قدامة، المغني ص ٨٢٧ .

لا تباع مع غيرها بأموال ربوية ما لم يتم فصلها مع مراعاة مبدأ المساواة إذا كان المبيعان من جنس واحد . فلا يجوز بيع ذهب من غيره من الجواهر مثلا بذهب لانتفاء المماثلة وإنما يباع الذهب وزنا بذهب ثم يباع ما معه منفردا أو يباع الذهب وما معه بثمن ثم يشترى الذهب الآخر بصفقة مستقلة .

وقد استدل لهذا الرأي بحديث فضالة الأنصاري أن رسول الله ﷺ الله عليه وسلم " الذهب بالذهب وزنا بوزن " .

وفي رواية أخرى عن فضالة قال اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: (لا تباع حتى تفصل)[١] .

بيع الدقيق بالحنطة :

ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز بيع الدقيق بالحنطة متفاضلا أو متساويا لأن الدقيق من أجزاء الحنطة وطحنه لم يعمل إلا على تفريق أجزائه، والمجتمع لا يصير بالتفريق جنسا آخر ، وإما متساويا فلأن المعيار فيه الكيل واحدها مكيل والآخر موزون[٢] .

وما ذهب إليه أبو حنيفة هو ما قال به الشافعية والحنابلة في الصحيح عندهم[٣] .

وأما الإمام مالك فيرى جواز هذا البيع في المشهور من أقواله على حين ذهب ابن الماجشون إلى عدم الجواز وقد علل الأصحاب " بأن رواية المنع إذا كان اعتبار المثلية بالكيل لأن الطعام إذا صار دقيقا اختلف كيله، ورواية الجواز إذا كان

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز، ح(١٥٩١).

(٢) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٢٦٠، طهماز، الفقه الحنفي ٤/ ٢٣٦ .

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٧، ابن ضويان، منار السبيل ١/ ٣٣٠ ، ابن قدامة، المغني ص٨٢١ .

الاعتبار بالوزن ... ومالك يعتبر الكيل والوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن، والعدد فيما لا يكال ولا يوزن "[١].

وما ذهب إليه الإمام مالك هو ما ذهب إليه الإمام أحمد في رواية والبيع على هذه الرواية أن يكون بالوزن لأنه يسوي بين الحنطة ودقيقها[٢].

بيع الرطب بجنسه من اليابس :

اختلف الفقهاء في مدى جواز بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجوب التماثل في القدر والاتجار في البيع حيث ذهب الجمهور[٣] إلى عدم جواز مثل هذا البيع استدلالا بمايلي :

بما روي عن سعد ابن أبي وقاص أن النبي ﷺ (سئل عن التمر بالرطب فقال لمن حوله أينقص الرطب إذا يبس قالوا نعم فنهى عنه)[٤].

ما ثبت عن نافع أن عبد الله أخبره أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا، وبيع العنب بالزبيب كيلا، وبيع الزرع بالحنطة كيلا)[٥].

فالنهي في هذين الحديثين يقتضي الفساد .

ثم إن البيع هنا " لجنس فيه الربا بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما هو منه على غير هيئة الادخار على وجه يتفاضلان فيه في حال الادخار فوجب أن لا يجوز أصله بيع الحنطة بدقيقها "[٦].

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ١١٨١ .
(٢) ابن قدامة، المغني ص٨٢١ .
(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٣/ ١١٨٣، ابن عبد البر، الكافي ٢/ ٢٧، العمراني، البيان ٥/ ٢٠٠ .
(٤) النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب اشتراء التمر بالرطب، ح(٤٥٤٩). وصححه الالباني
(٥) مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العريا، ح(١٥٤٢).
(٦) العمراني، البيان ٥/ ٢٠٠ .

وبقول الجمهور قال أبو يوسف ومحمد وأما الإمام أبو حنيفة فقد ذهب إلى القول بجواز بيع الرطب بالتمر مستدلا بحديث عبادة بن الصامت وقوله قال رسول الله ﷺ " الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"[1].

ووجه الاستدلال أن الرطب إذا كان تمرا جاز البيع بأول الحديث (التمر بالتمر) وإن كان غير تمر جاز البيع بآخر الحديث (إذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم"[2].

المطلب الثاني: عقد الصرف

الفرع الأول: تعريف الصرف في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف الصرف في اللغة:

الصرف لغة: مصدر فعله صرف- بفتح الصاد والراء- بابه ضرب، يأتي بعدة معاني منها: رد الشيء عن الوجه، يقال: صرفه يصرفه صرفاً، إذا رده، وصرفت الرجل عني فانصرف.

ومنها الإنفاق، كقولك: صرفت المال، أي: أنفقته، ومنها البيع، يقال: صرفت الذهب بالدراهم، أي: بعته[3].

(١) سبق تخريجه، ص(٨٠) .

(٢) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٣٦٣ .

(٣) ابن منظور، لسان العرب ٩/ ١٨٩ ، الفيومي، المصباح المنير ٢/ ١٣٩ ، إبراهيم، المعجم الوسيط ٣/ ٢٤ .

ثانياً: تعريف الصرف في الاصطلاح:

اتفق الفقهاء على أن الصرف نوع من أنواع البيع[١]، إلا أنه بيع بشروط مخصوصة لا توجد في غيره من أنواع البيوع، وتميزه عن سائر العقود.

والصرف عند جمهور الفقهاء هو: بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس، أو بغير جنس[٢]. فيشمل بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، كما يشمل بيع الذهب بالفضة، والدرهم بالدرهم، والدينار بالدينار.

والمراد بالثمن: ما خلق للثمنية، أي: ما وضع لها من قديم الزمان. وهو الذهب والفضة، فيدخل فيه بيع المصوغ والمسكوك، ويلحق به كل ما اصطلح الناس على أنه نقد، سواء من المعادن أو الورق.

وسمي صرفاً، لما فيه من صرف ما في يد كل واحد من العاقدين إلى يد صاحبه[٣].

وعرف المالكية وبعض الشافعية الصرف بأنه: بيع النقد بنقد مغاير لنوعه[٤]. أي: بيع النقد بخلاف جنسه، كبيع الذهب بالفضة، أما بيع النقد بنقد مثله، أي: اتحد جنس العوضين، كبيع

الذهب بالذهب، أو بيع الفضة بالفضة، فإن كان بالوزن فهو مراطلة، وإن كان بالعدد فهو مبادلة.

---

(١) السرخسي، المبسوط ١٤/ ٣، ابن قدامة، المغني ٤/ ١٩٢.

(٢) السرخسي، المبسوط ١٤/ ٣، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢١٥، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٢٥، ابن قدامة، المغني٤/ ١٩٢، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٠١.

(٣) السرخسي، المبسوط ١٤/ ٣.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل٤ / ٢٢٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢، السبكي، المجموع١٠/ ١٤٩، ابن حجر، فتح الباري ٤/ ٣٠٤.

الفرع الثاني: مشروعية الصرف:

ثبتت مشروعية الصرف بالكتاب والسنة والإجماع:

١- قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة: دلت الآية على إباحة جميع أنواع البيع المباح، والصرف نوع من أنواع البيع، فيجوز شرعاً.

٢- عن أبي بكرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:" لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة، والفضة بالذهب كيف شئتم"(١).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة متفاضلاً، بل يجب أن يكون متساوياً، وأجاز بيع الذهب بالفضة متساوياً ومتفاضلاً، وهذا هو الصرف، فدل على مشروعيته.

٣- عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، من كانت له حاجة بورق فليصرفها بذهب، ومن كانت له حاجة بذهب فليصرفها بورق هاء وهاء"(٢).

وجه الدلالة: قوله (فليصرفها) دليل على مشروعية الصرف، إذ لو لم يكن جائزاً لما أمر به عليه الصلاة والسلام.

٤- الإجماع: أجمع الفقهاء على مشروعية عقد الصرف، ولم يخالف في ذلك أحد من السلف والخلف.

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالذهب، ح(٢١٧٥).

(٢) الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، ح(٨٦)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب صرف الذهب بالورق، ح(٢٢٦١).قال الألباني : حديث صحيح.

قال الخطيب الشربيني رحمه الله تعالى: (بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره يسمى صرفاً، ويصح على معينين بالإجماع)[١].

الفرع الثالث: شروط عقد الصرف:

عقد الصرف عقد من عقود البيع، له أركان عقد البيع العامة وهي: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه، ولكنه يختلف عن غيره من العقود لاختصاصه ببيع الأثمان بعضها ببعض. ولذا يوجد شروط خاصة به زائدة على شروط البيع المعروفة، وهذه الشروط هي:

١- التماثل في القدر بين بدلي عقد الصرف عند اتحاد الجنس: يشترط لصحة الصرف المماثلة في القدر بغير زيادة، ولا نقصان إذا كان المعقود عليه من جنس واحد، كبيع الذهب بالذهب، أو بيع الفضة بالفضة، يدخل في ذلك جميع أنواع الذهب والفضة لا فرق بين الجيد والرديء، والصحيح والمكسور، والخالص والمغشوش، أما إذا اختلف الجنس كبيع ذهب بفضة، أو فذة بذهب، فيجوز التفاضل فيهما بشرط الحلول والتقابض في مجلس العقد[٢]. والأدلة على ذلك كثيرة منها:

أ- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: " الذهب بالذهب وزناً بوزن، مثلاً بمثل، والفضة بالفضة وزناً بوزن، مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا"[٣].

ب- عن عبادة بن الصامت رضي الله عن النبي ﷺ قال: الذهب بالذهب،

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٥.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير٧/ ١٣٣، الشافعي، الأم ٣/ ٢٦، الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٣٤٧، ابن قدامة، المغني ٤/ ١٣٥.

(٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، ح(١٥٨٨).

والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد"[١].

٢- وجوب تقابض البدلين في مجلس العقد قبل افتراق المتعاقدين: اتفق الفقهاء على اشتراط التقابض في عقد الصرف[٢]، ولا يجوز إسقاطه بتراضي المتعاقدين، سواء اتحد الجنس كبيع الذهب بالذهب، أو اختلف الجنس كبيع الذهب بالفضة، لأن كل ذلك صرف فيشترط فيه التقابض، فإذا لم يتحقق تقابض البدلين، تحقق ربا النسيئة الناشئ عن تأجيل القبض في أحد بدلي الصرف أو كليهما. وهذا الشرط يستوي فيه التبر، والمصوغ، والمضروب.

وقد نقل ابن المنذر الإجماع على هذا الشرط فقال: (أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد)[٣].
والدليل على اشتراط هذا الشرط:

أ- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:" لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تُشِفُّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز"[٤].

وجه الدلالة: قوله ﷺ:" ولا تبيعوا منها غائباً بناجز" حيث نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع النقد أحدهما غائب والآخر حاضر، فدل ذلك على اشتراط وجوب

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، ح(١٥٨٧).
(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير٧/ ١٣٥، الزيلعي، تبيين الحقائق٤/ ١٣٥، الشافعي، الأم ٣/ ٢٦، النووي، المجموع٩ / ٤٠٣، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٢٠، ابن قدامة، المغني ٤/ ١٧٧.
(٣) ابن المنذر، الإجماع، ص ٩٢.
(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، ح(٢١٧٧)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الربا، ح(١٥٨٤).

تقابض البدلين في مجلس العقد.

ب- عن أبي بكرة عن أبيه قال:" نهى رسول الله ﷺ عن الفضة بالفضة، والذهب بالذهب إلا سواء بسواء، وأمرنا أن نشتري الفضة بالذهب كيف شئنا، ونشتري الذهب بالفضة كيف شئنا، قال: فسأله رجل فقال: يداً بيد؟ فقال: هكذا سمعت."[١].

وجه الدلالة: دل الحديث على اشتراط تقابض البدلين سواء اتحد الجنس، أو اختلف في مجلس العقد، لقوله ﷺ:" يداً بيد".

ج- ولأن من شرط صحة العقد تعيين المبيع، ولا يحصل التعيين في عقد الصرف إلا بالقبض، ولا يكتفى بالإشارة إليه، فكل قبض يتضمن تعييناً، وليس كل تعيين يتضمن قبضاً، فشرط القبض هنا تحرزاً عن الربا وشبهته[٢].

ولا يتحقق التقابض إلا بالفعل، وذلك بأن يظهر كل عاقد البدل الذي في يده، ويسلمه للآخر قبل افتراقهما بأبدانهما. أي: أن يبرز كل واحد من المتعاقدين ما عنده من ذهب، أو فضة ثم يتعاقدا عليه ثم يتقابضا[٣].

٣- خلو عقد الصرف من خيار الشرط: يشترط لصحة عقد الصرف أن يكون خالياً من خيار الشرط لأحد المتعاقدين، أو لهما، فلو تصارفا على أنهما أو أحدهما بالخيار مدة معلومة بطل العقد، لأن الخيار يمنع ثبوت الملك مما يخل بالقبض المشروط، ولأن الصرف مبني على المناجزة والنقد الفوري في مجلس العقد، وخيار الشرط لا يكون إلا فيما يدخله التأخير. وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية[٤]،

---

(١) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً، ح(١٥٩٠).

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٣٧.

(٣) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٦٥.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٣٨، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٤.

والمالكية[١]، والشافعية[٢].

وإذا اشترط الخيار ثم أبطله المتعاقدان في مجلس العقد قبل التفرق، صح الصرف استحساناً لزوال المانع عند الحنفية[٣].

وقال الحنابلة وأبوثور[٤] بصحة العقد ولو شرط الخيار، فلا يبطل عقد الصرف باشتراط الخيار فيه، وإنما حكمه كالعقد الصحيح إذا دخله شرط فاسد، يصح العقد ويبطل الشرط إذا حصل القبض قبل التفريق.

والراجح هو قول الجمهور في عدم اشتراط الخيار في عقد الصرف، لأن اشتراطه يؤخر حقيقة التقابض ويمنعه، والتقابض شرط لصحة الصرف.

٤- خلو عقد الصرف من الأجل: يشترط لصحة عقد الصرف خلوه من الأجل لأحد المتعاقدين أو لأحدهما، أي أن يكون ناجزاً، سواء كان يقابله شئ من الثمن أو لا، وسواء كان الأجل قليلاً أو كثيراً. فإذا اشترطه المتعاقدان، أو أحدهما بطل الصرف، لأن اشتراط الأجل يتنافى مع حقيقة التقابض في مجلس العقد قبل التفرق بالأبدان[٥]. والدليل على هذا الشرط:

أ- عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "الذهب بالذهب تبرها وعينها، والفضة بالفضة تبرها وعينها، والبر بالبر مدي بمدي، والشعير بالشعير مدي بمدي، والتمر بالتمر مدي بمدي، والملح بالملح مدي بمدي، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، ولا بأس ببيع الذهب بالفضة- والفضة أكثرهما- يداً بيد، وأما

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٢٢، الدردير، الشرح الصغير ٣/ ٥٣.

(٢) النووي، المجموع ٩/ ٤٠٣، الشربيني، الإقناع ١/ ٢٢٥.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٣٨، نظام، الفتاوى الهندية ٣/ ٢١٨، الموصلي، الاختيار ٢/ ٣٩.

(٤) ابن قدامة، المغني ٤/ ١٧٧، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٠١.

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٣٨، الزيلعي، تبيين الحقائق٤/ ١٣٦، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٢٢.

نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البر بالشعير- والشعير أكثرهما- يداً بيد أما نسيئة فلا"[١].

ب- عن أبي المنهال قال: باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الموسم، أو إلى الحج، فجاء إليّ فأخبرني، فقلت: هذا أمر لا يصلح، قال: قد بعته في السوق، فلم ينكر عليّ أحد، فأتيت البراء بن عازب، فسألته؟ فقال: قدم النبي ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع، فقال:" ما كان يداً بيد، فلا بأس به، وما كان نسيئة فهو ربا"، وائت زيد بن أرقم فإنه أعظم تجارة مني، فأتيته، فسألته؟، فقال: مثل ذلك[٢].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى بيع النسيئة، والنسيئة هو المؤجل، فالتأجيل هو سبب في تحريم الصرف، لأن الشارع أرخص في بيع النقد، فلم تأت الحرمة من ذات البيع، وإنما جاءت من دخول الأجل فيه[٣].

المطلب الثالث : بيع العِينَة

العينة بكسر العين تعني في اللغة السلف يقال : اعتان الرجل إذا اشترى الشيء بالشيء نسيئة والعينة مشتقة من العون ؛ لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده .

وقيل : إنها مشتقة من العين وحاجة الرجل إليها فيشتري السلعة ليبيعها بالعين التي يحتاج وليست به إلى السلعة حاجة[٤] .

وصورتها المشهورة في هذه الأيام : أن يذهب شخص محتاج إلى سيولة نقدية إلى تاجر يطلب منه قرضاً فيعتذر إليه ويقول له : إن شئت أبيعك سلعة بثمن مؤجل

---

(١) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الصرف، ح(٣٣٤٩).قال الألباني : صحيح.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب التجارة في البر، ح(٢٠٦٠)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً، ح(١٥٩٨)، واللفظ له.

(٣) الباز، أحكام صرف النقود والعملات، ص ٧٦.

(٤) الشيباني ، تبيين المسالك ٣/ ٣٧١ .

مقداره عشرة آلاف درهم (مثلاً) وأشتريها منك نقداً بثمانية آلاف .

وهي عند الفقهاء: قيام شخص ببيع سلعة بثمن مؤجل لشخص آخر وعودته لشرائها منه بثمن أقل قبل أن يقبض الثمن الأول[١] .

والعينة من بيوع الآجال عند المالكية « وهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر أو نقداً »[٢].

وقد بين ابن رشد « أن من باع شيئاً إلى أجل ثم اشتراه فإما أن يشتريه إلى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده ، وفي كل واحدة من هذه الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه به منه وإما بأقل وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهو أن يشتريها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن ، فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز »[٣] .

وبيع العينة على هذا النحو غير جائزة عند الحنفية والمالكية والحنابلة[٤] .

يقول ابن قدامة: « وجملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي وأجازه الشافعي »[٥] .

وقد استدل المانعون لبيع العينة لما ذهبوا إليه بما يلي :

١ – بما رواه ابن عمر رضي الله عنهما بقوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا

---

(١) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٤٣٣ .
(٢) العدوي: حاشية العدوي ج ٢ص١٨٣
(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ٣/ ١١٨٨ .
(٤) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٤٣٣ ، ابن رشد ، بداية المجتهد ٣/ ١١٨٨ ، ابن قدامة ، المغني ١/ ٩٨٧ .
(٥) المغني ١/ ٨٨٧ .

تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذُلاًّ لاينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم »[١] . وهذا الحديث فيه وعيد دال على التحريم .

٢ – بما روي عن العالية بنت ايفع بن شرحبيل أنها قالت: دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها فقالت أم ولد زيد بن أرقم : إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب[٢].

ووجه الاستدلال أن عائشة رضي الله عنها جعلت جزاء مثل هذا البيع إبطال الجهاد مع رسول الله ﷺ ومثل هذا لا يعلم بالرأي فيأخذ حكم المرفوع إلى رسول الله ﷺ ولو كان العقد صحيحاً لما كان مثل هذا الجزاء »[٣] .

٣ – إن هذا البيع من باب البيعتين في بيعة، وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه بقوله: قال النبي ﷺ : « من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا »[٤] .

والبيعتان في بيعة لها صورتان:

الأولى : أن يبيع الرجل السلعة على أنها بالنقد بعشرين درهماً وإلى أجل بثلاثين درهماً[٥] على وجه الإلزام ، وهذه صورة غير جائزة[٦] .

---

(١) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب: في النهي عن العينة، ح(٣٤٦٢) . وصححه الألباني.
(٢) البيهقي : السنن الصغير ج٢ص٢٦٥حديث رقم (١٩٤٢) وفي ثبوت الحديث نظر، الشوكاني ، نيل الأوطار ٥/ ٢٣٢ .
(٣) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٤٣٥ ، ابن قدامة ، المغني ١/ ٨٨٧ .
(٤) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب: فيمن باع بيعتين في بيعه، ح(٣٤٦١) وحسنه الألباني.
(٥) السندي ، حاشية السندي على مسند الإمام أحمد ٤/ ٣٧٨ .
(٦) البراذعي ، التهذيب في اختصار المدونة ٣/ ١٥٨ .

الأخرى : أن يقول البائع : أبيعك بألف إلى سنة على أن أشتريها منك بثمانمائة نقداً (مثلاً) .

« وهذا معنى الحديث الذي لا معنى له غيره وهو مطابق لقوله « فله أوكسهما أو الربا » فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي أو الثمن الأول فيكون هو أوكسهما»[١] وهو مطابق لصفقتين في صفقة[٢]،وقد ثبت أن النبي ﷺ نهى عن:"بيعتين في بيعه وعن سلف وبيع »[٣] « فجمع بين هذين العقدين في النهي ؛ لأن كلاً منهما يؤول إلى الربا؛ لأنهما في الظاهر بيع وفي الحقيقة ربا »[٤] .

٤ – ما روي عن أنس رضي الله عنه أنه سئل عن العينة فقال: « إن الله لا يخدع » هذا مما حرم الله ورسوله » ، وما روي عن ابن عباس قال : « اتقوا هذه العينة لاتبع دراهم بدراهم وبينهما حريرة » وفي رواية : أن رجلاً باع من رجل حريرة بمائة ثم اشتراها بخمسين فسئل ابن عباس عن ذلك فقال دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة ، وسئل ابن عباس عن العينة ، يعني بيع الحريرة فقال : إن الله لايخدع هذا مما حرم الله ورسوله »[٥] .

٥ – أن تحريم بيع العينة فيه سد لذريعة أكل الربا لأن البيع بهذه الصورة ما هو إلا وسيلة من وسائل التحايل على أكل الربا يقول ابن قدامة معللاً تحريم العينة « ولأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم »[٦] .

---

(١) مطيرة ، خير عبدالراضي ، فقه المعاملات ، ص ٦٦ .

(٢) ((نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة)) رواه ابن مسعود. انظر: الإمام أحمد، المسند ١/ ٣٩٨. حديث رقم (٣٧٨٣) وقال: الارنؤوط: حسن لغيره

(٣) أحمد:المسندج ١١ص٢٠٣ ، حديث رقم ٦٦٢٨ . وقال الأرنؤوط: اسناده حسن

(٤) مطيرة ، فقه المعاملات ، ص ٦٦ .

(٥) ابن قيم الجوزية ، أعلام الموقعين ٥/ ٨٠ .

(٦) فتح القدير ٦/ ٤٣٥ .

مذهب الشافعية في بيع العينة :

ذهب الشافعية إلى القول بجواز بيع العينة، يقول العمراني : « إذا باع سلعة إلى أجل ثم اشتراها البائع قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن جاز »[١] .

ودليلهم أنّ الملك قد تم في هذا البيع بقبض المشتري فصار البيع من البائع ومن غيره سواء.

وأما حديث عائشة رضي الله عنها، فلو كان عندها شيء فيه عن النبي ﷺ لذكرته على أنه يحمل على أنها أنكرت شراءه إلى العطاء لأنه أجل مجهول[٢] .

وحديثها فيه مقال فهو عن العالية وهي مجهولة لا يحتج بها .

ويمكن الرد على هذا الاستدلال بأن العالية هي امرأة أبي إسحاق السبيعي ، وهو أحد أئمة الإسلام الكبار ، وهو أعلم بامرأته وعدالتها فلم يكن ليرويَ عنها سنة يُحرِّم بها على الأمة وهي عنده غير ثقة ولا يتكلم فيها بكلمة بل يحابيها في دين الله، هذا لا يظن بمن هو دون أبي إسحاق.

ثم إن الحديث رواه أحمد وعمل به وهذا حديث فيه شعبة وإذا كان شعبة في حديث فاشدد يدك به ، فمن جعل شعبة بينه وبين الله فقد استوثق لدينه »[٣] .

ولا يقال: إن قول عائشة وردها هو لجهالة الأجل؛ لأنها كانت ترى جواز الأجل إلى العطاء «والذي عقل من معنى النهي أنه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن، وهذا لأن الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض، فإن عاد إليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل

---

(١) البيان ٥/ ٣٣١ .

(٢) المرجع السابق ٥/ ٢٣٢ .

(٣) ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ٥/ ٨١ .

لا على ضمانه من جهة من باعه، وهذا لايوجد فيما إذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل إلحاق الشافعي بذلك »[١] .

والذي أميل إليه في هذه المسألة هو القول بتحريم العينة لقوة أدلة التحريم وحسماً للتحايل على الوصول إلى أكل الحرام .

يقول الشيخ أبو زهرة : « ولكن الذين طمعوا في الربا تحايلوا .. فقد اخترعوا ما يسمى ببيع العينة ليأكلوا الربا عن طريقه ، وذلك بأن يوسط الدائن والمدين عند التداين شيئاً يجري فيه البيع الصوري .. وبذلك يحتالون ليستحلوا الربا ، ويصبح عقد بيع في نظر الإسلام وإنه لينطبق عليهم تمام الانطباق قول الله تبارك وتعالى في إخوان لهم من المنافقين ﴿ يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَمَا يَخۡدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمۡ وَمَا يَشۡعُرُونَ ۝٩ ﴾ [البقرة: ٩] »[٢] .

---

(١) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٤٣٥ .

(٢) نقلاً عن كتاب : مطيرة ، فقه المعاملات .

المبحث الثاني: بيع المرابحة والعربون

المطلب الأول : بيع المرابحة

المرابحة لغة[١] : مأخوذة من الربح ، والربح لغة يعني النماء والزيادة في التجارة وإسناد الفعل إلى التجارة مجازي ، يقال : ربحت تجارته فهي رابحة ومنه قوله تعالى : ﴿فَمَا رَبِحَت تِّجَٰرَتُهُمْ وَمَا كَانُواْ مُهْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٦].

والمرابحة اصطلاحاً : عرفت عند الفقهاء بتعريفات مختلفة في الألفاظ متقاربة في المعنى فهي عند الحنفية " نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح "[٢] .

وعند المالكية : " بيع ما اشتري بثمنه وربح معلوم "[٣] .

وعند الحنابلة : " بيع برأس المال وربح معلوم "[٤] .

والمرابحة بهذا التعريف تعني قيام شخص شراء سلعة بثمن معلوم وبيعها لشخص آخر بالثمن نفسه إضافة إلى ربح معلوم يتفق عليه .

وهي جائزة عند الفقهاء[٥] لعموم قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ البقرة: ٢٧٥

وللحاجة الماسة لمثل هذا النوع من البيوع[٦]، إذا توافرت فيها شروط معينة من أهمها ما يلي:

---

(١) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، مادة (ربح) . والفيومي، المصباح المنير ص٢٥٠ مادة ربح

(٢) المرغيناني ، الهداية مع شرح فتح القدير ٦/ ٢٩٤ .

(٣) الشيباني ، تبيين المسالك ٣/ ٤١٩ .

(٤) ابن قدامة ، المغني ١/ ٨٨٩ .

(٥) المراجع السابقة نفسها .

(٦) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٤٩٥ .

أولاً : أن يكون الثمن الأول معلوماً للمتعاقدين .

يقول صاحب البيان: « ولا يصح بيع المرابحة إلاّ أن يكون رأس المال معلوماً والربح معلوما »[١] .

ويقول صاحب المغني: « وشروط علمهما برأس المال »[٢] .

ولو قال البائع: بعتك هذه السلعة برأس المال دون أن يبينه، لا يصح البيع لجهالة الثمن[٣] .

وتتحقق معلومية الثمن بمعرفة رأس المال وهو ثمن السلعة على البائع وما تلا ذلك من مصروفات وبمعرفة الثمن في البيع الجديد حيث يكون الفرق بينهما هو الربح المضاف .

جاء في فتح القدير: « ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام ؛ لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ، وكل ما يزيد في المبيع أو قيمته يلحق به ، هذا هو الأصل ، ويقول : قام علي بكذا ولم يقل : اشتريته بكذا »[٤] .

ويوضح صاحب البيان ما يضاف على رأس المال بقوله : « وإذا اشترى سلعة بثمن وأراد بيعها مرابحة ، فإن كان لم يلزمه عليها مؤونة ولا عمل فيها .. فله أن يخبر بأحد خمسة ألفاظ إما أن يقول : اشتريتها بكذا ، أو يقول : رأس مالي فيها كذا ، أو يقول : قامت علي بكذا ، أو تقوم علي بكذا ، أو يقول : هي علي بكذا ؛ لأنه صادق في ذلك كله ، وإن لزمه عليها مؤونة بأن يكون قد اشترى ثوباً بعشرة واستأجر من

---

(١) العمراني ، البيان ٥/ ٣٣٣ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ١/ ٨٨٩ .

(٣) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٤٩٧ .

(٤) المرجع السابق ٦/ ٤٩٨ ، الهروي ، فتح باب العناية ٢/ ٣٥٤ .

قصره أو طرزه بثلاثة دراهم ، فلايجوز أن يقول : اشتريته بثلاثة عشر ، لأنه يكون كاذباً ويصح أن يقول : قام علي بثلاثة عشر »[١] .

فإن ظهر أن البائع قد زاد في الثمن فإن المشتري بالخيار إن شاء أمضى البيع بجميع الثمن وإن شاء فسخه كما يرى أبو حنيفة وأما أبو يوسف فإنه يرى أنه لا خيار لكن ينقص له من الثمن قدر الزيادة الثابتة »[٢] .

وعند الحنابلة لايفسد البيع وإنما يرجع المشتري على البائع بالزيادة وينقص مقدارها من الربح يقول صاحب المغني: (متى باع شيئاً بمائة رأس ماله وربح عشرة ثم علم ببينة أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح ؛ لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال وهو عشرة وحطها من الربح . وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما .

وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي)[٣] .

ثانياً: أن يكون العقد الأول صحيحاً:

ذكر الكاساني أن من شروط صحة المرابحة أن يكون العقد الأول صحيحاً ، فإن كان فاسداً فإنها لاتصح ؛ لأنها بيع بالثمن الأول مع زيادة الربح . والبيع الفاسد وإن أفاد المالك بالقبض فإنه يملك بالقيمة والمثل لا بالثمن لفساده والقيمة مجهولة لاتصح معها المرابحة[٤] .

---

(١) العمراني ، البيان ٥/ ٣٣٥ . وانظر في هذا : الشيباني ، تبيين المسالك ٣/ ٤٢٠ .

(٢) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٤٩٨ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ١/ ٨٩١ . وانظر : الماوردي: الحاوي ٥/ ٢٨٣

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٢ .

ثالثاً : أن لا يكون العقد الأول عقداً ربوياً :

كأن يكون الثمن مقابلاً لجنسه من أموال الربا، وقد اعتبر الكاساني هذا الشرط من شروط صحة المرابحة بقوله : « ومنها أن لا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا فإن كان كذلك بأن اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل لم يجز له بيعه مرابحة ؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة ، والزيادة في أموال الربا تكون ربا لا ربحاً ، وأما عند اختلاف الجنس فلابأس بالمرابحة »[1] .

رابعاً : بيان الأجل :

إذا كان البائع في المرابحة قد اشترى السلعة بثمن مؤجل فإن بيع المرابحة لا يصح إلا إذا أخبر المشتري بكيفية الشراء؛ لأن العادة جرت أن يكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المدفوع فوراً .

وبناء عليه فإن عدم ذكر البائع لتأجيل الثمن يعطي المشتري الخيار.

يقول العمراني: « وإن اشترى بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق وفي وجه آخر حكاه المسعودي أنه لا يلزمه أن يبين الأجل، والأول أصح؛ لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن »[2] .

وفي مثل هذه الحال فإن للمشتري الخيار بين إتمام البيع بما وقع عليه العقد أو فسخه ؛ لأن البائع دلّيس عليه كما لو دلس عليه بعيب ، وهذا ما يقول به الحنفية والشافعية والإمام أحمد في رواية[3] .

وكذا الحال عند المالكية ما دامت السلعة قائمة فإن فاتت فإن للمشتري الأقل

---

(١) المرجع السابق ، ٥/ ٢٢٢ .

(٢) العمراني، البيان ٥/ ٣٣٧ .

(٣) ابن الهمام ، فتح القدير ٦/ ٥٠٧ ، العمراني ، البيان ٥/ ٣٨٧ ، ابن قدامة ، المغني ١/ ٨٩٢ .

من القيمة والثمن الذي اشترى به[١].

وقال شريح وإبن سيرين والأوزاعي: يلزم البيع ويثبت في ذمته - ذمة المشتري - الثمن مؤجلاً[٢].

وبعد :

فهذه هي أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في بيع المرابحة ؛ لأنها قائمة ابتداء على أمانة وصدق البائع ؛ ولذا سميت ببيع الأمانة ، فلا يجوز للبائع أن يكتم أمراً يتعلق بطبيعة البيع سواء من حيث الثمن أو من حيث الوصف ، بل يجب عليه أن يبين ما علمه من عيب في السلعة[٣] حتى لا يؤدي تركه لمثل هذا البيان إلى أكل الأموال بالباطل أو الوقوع في بحر الغش والخديعة والغرر ؛ لأن هذه الأمور من الأمور التي ورد النهي عنها في كتاب الله عزوجل وفي سنة نبيه عليه الصلاة والسلام : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] « من غش فليس منا »[٤]، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وبيع الحصاة»[٥].

ما عليه العمل في القانون المدني الأردني :

نصت المادة (٤٨٠) على ما يلي :

١ - يجوز البيع بطريق المرابحة أو الوضيعة أو التولية إذا كان رأسمال المبيع

---

(١) البراذعي ، التهذيب في اختصار المدونة ٣/ ٢٠٢ ، الشيباني ، تبيين المسالك ٣/ ٤٢٣ .

(٢) العمراني ، البيان ٥/ ٧٣٧ .

(٣) الزيلعي ، تبيين الحقائق ٣/ ٤٢٥ .

(٤) سبق تخريجه، ص (١٠) .

(٥) الترمذي، جامع الترمذي، كتاب البيوع، باب: ماجاء في كراهية بيع الغرر،ح(١٢٢٩)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

معلوماً حين العقد ، وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضيعة محدداً .

٢ – وإذا ظهر أن البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال فللمشتري حط الزيادة .

٣ – فإذا لم يكن رأس مال المبيع معلوماً عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته ، وكذا الحكم لو كتم البائع أمر ذا تأثير في المبيع أو رأس المال ، ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسليمه.

يلاحظ على القانون أنه أخذ برأي الإمام أبي يوسف حالة زيادة البائع في رأس مال السلعة المباعة مرابحة وأن المشتري يحط هذه الزيادة .

وكذا أخذ برأي الفقهاء القائل بأنه لايجوز للبائع في بيع الرابحة أن يكتم أمراً يؤثر على سلامة البيع سواء كان متعلقا بالثمن أو بحال السلعة .

وأنه جاء موافقاً لما عليه الفقهاء فيما يتعلق بمعلومية رأس المال ومقدار الربح .

المرابحة في المصارف الإسلامية :

تختلف المرابحة التي تجريها المصارف الإسلامية اليوم عن المرابحة التي تكلم عنها الفقهاء من قبل والتي تتم بعقد واحد بين البائع والمشتري وفقاً لمواصفات وشروط معينة وشرطها ابتداء أن يكون البائع مالكاً للسلعة المراد بيعها مرابحة .

أما المرابحة التي تجريها المصارف الإسلامية فإنها عملية تتم بعقدين :

العقد الأول : عقد الآمر بالشراء .

العقد الثاني : عقد المبايعة .

والسبب في ذلك أن المصارف الإسلامية لاتملك سلعاً ابتداءً، ولاتستطيع أن تعطي قروضاً ربوية ولذلك لجأت إلى هذا الأسلوب في البيع وصورته أن يأتي شخص

محتاج إلى سيارة مثلاً أو إلى شراء أثاث لمكتب ... إلخ ولا يملك الثمن فيطلب من المصرف أن يقوم له بالشراء وبعدها يقوم هو بالشراء من المصرف بربح محدد ومقسط على مدة زمنية يتفق عليها .

أ- المصرف في هذه الحالة يوقع مع هذا الشخص وعداً يسمى وعد الآمر بالشراء.

ب- بعد توقيع العقد مع الأمر بالشراء يقوم المصرف بشراء السلعة المطلوبة سيارة أو أثاثاً أو نحو ذلك باسمه ويدفع ثمنها كاملاً للبائع .

ج- يقوم المصرف بعد تملكه للسلعة المراد بيعها بتوقيع عقد مبايعة مع الآمر بالشراء ويسلمه ما طلبه في الوعد الأول بعد أن يكون الاتفاق قد تم على الثمن ومقدار الربح والمدة الزمنية لسداد الدين ويكون مسؤولاً عن هلاك السلعة قبل تسليمها للمشتري .

ولما كانت المعاملات قائمة على تحقيق مصالح العباد في الشريعة الإسلامية ، فقد ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى جواز مثل هذا البيع منطلقين من اعتبار وعد الآمر بالشراء وعداً ملزماً أخذاً بقول بعض الفقهاء ، ولأن المصرف لا يبيع السلعة إلى الآمر بالشراء إلا بعد تملكها ، وقد جاء في توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني الذي عقد في الكويت عام ١٩٨٣ م والذي شاركت فيه اثنتا عشرة مؤسسة مالية إسلامية ما يلي :

« يقرر المؤتمر أن المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الموعد السابق هو أمر جائز شرعاً طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل التسليم وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي .

وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للآمر أو المصرف أو كليهما فإن الآخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات وفيه مراعاة لمصلحة المصرف

والعميل، وأن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام وحسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه »[١] .

وأصل المرابحة على هذا النحو قد ورد عند بعض الأئمة السابقين: « قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني : قلت : أرأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر بألف درهم ومائة درهم فأراد المأمور شراء الدار ، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلايأخذها فتبقى في يد المأمور كيف الحيلة في ذلك .

قال : يشتري المأمور الدار على أنها بالخيار ثلاثة أيام ويقبضها ويجيء الآمر ويبدأ فيقول : قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم فيقول المأمور وهي لك بذلك ، فيكون ذلك للآمر لازماً ويكون إيجاباً من المأمور للمشتري ، وإن لم يرغب الآمر في شرائها ، تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار فيدفع عنه الضرر بذلك »[٢] .

المطلب الثاني: بيع العربون

أولاً: تعريف العربون:

العربون لغة: يقال عربون وأربون بضم الأول وتسكين الثاني على وزن عصفور،

ويقال عربون وأربون بفتح الأول وتسكين الثاني على وزن حلزون ويقال عربنه أي أعطاه ذلك، ويقال أعربه في بيعه أي أعطى العربون قال الأصمعي العربون أعجمي معرب[٣].

---

(١) نقلا عن كتاب فقه المعاملات، خير عبدالراضي مطيرة، ص ١٥٢ ، وكتاب بحوث فقهية في قضايا مالية معاصرة د. محمد الأشقر وعدد من العلماء ١/ ١١٨ .

(٢) نقلاً عن كتاب فقه المعاملات، ص ١٥٢ .

(٣) ابن منظور، لسان العرب، الفيروز آبادي، القاموس المحيط مادة (عرب).

وقال صاحب مغني المحتاج " وأصله في اللغة التسليف والتقديم "[١].

العربون اصطلاحاً: يعرف العربون عند الفقهاء والمحدثين بألفاظ متقاربة تدور حول معنى واحد حيث عرفه ابن قدامة بقوله :

" والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن وإن لم يأخذها فذلك للبائع "[٢].

وعرفه الإمام النووي بقوله :

"... ومنها بيع العربان ويقال العربون وهو أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن وإلا فهي للمدفوع إليه مجانا "[٣].

يلاحظ على التعريفين والتعاريف الأخرى التي ذكرها العلماء أنها تشمل صورتين من صور العربون :

أحدهما : صورة يتم فيها البيع ويحسم العربون لصالح المشتري من أصل الثمن وهي صورة متفق عليها بين الفقهاء .

والأخرى صورة وهي على خلاف بين الفقهاء - لا يتم فيها البيع نظراً لنكول المشتري حيث يصبح العربون ملكاً للبائع .

ثانياً: آراء الفقهاء في بيع العربون:

للفقهاء في بيع العربون رأيان رأي يمنعه، ورأي يجيزه .

المانعون : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والإمام أحمد في

(١) الشربيني، الخطيب، مغني المحتاج ٢/ ٣٩٧ .

(٢) ابن قدامة، المغني ٤/ ٢٥٧ .

(٣) النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٩٧ .

رواية إلى عدم جواز بيع العربون وقد استدلوا بما يلي :

أ - إن أخذ العربون هو أكل لأموال الناس بالباطل لأنه أخذ بغير مقابل[١].

والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

ب – بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ (نهى عن بيع العربان)[٢].

يقول الشوكاني: " والعلة في النهي عنه اشتماله على شرطين فاسدين أحدهما شرط كون ما دفعه إليه يكون مجانا إن اختار ترك السلعة ، والثاني شرط الرد على البائع إن لم يقع منه الرضا بالبيع"[٣]. فخيار الرجوع في البيع من غير ذكر المدة، وهذا ما اشترطه المشتري على البائع فهو شرط فاسد

المجيزون : ذهب الحنابلة في المشهور عندهم إلى جواز التعامل بالعربون وأنه يجري في البيع كما يجري في الإجارة[٤].

واستدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة منها :

أ – ما روي عن نافع بن حارث عامل عمر على مكة " إنه اشترى من صفوان بن أمية داراً لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف درهم واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم "[٥].

---

(١) ابن رشد، المقدمات ٢/ ٢٢٢، النووي، روضة الطالبين ٣/ ٣٩٧، ابن قدامة، المغني ٤/ ٢٥٧، المرداوي، الإنصاف ٤/ ٣٥٨ .

(٢) حديث منقطع رواه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب بيع العربان، حديث رقم (٢١٩٣) الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ١٧٣ . وضعفه الالباني.

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ١٧٣ .

(٤) ابن قدامة، المغني ٤/ ٢٥٧، المر داوي، الإنصاف ٤/ ٣٥٨ .

(٥) البخاري: الصحيح٣/ ١٢٣ كتاب الخصومات باب الربط والحبس في الحرم حديث رقم(٢٤٢٢)وانظر: ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين ٣/ ٣٨٩.

ب - بما أخرجه البخاري عن ابن سيرين قال : " قال رجل لكريه ارحل ركابك فإن لم أرحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج ، فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه "(١) .

ووجه الدلالة هنا أن القاضي قد قضى على المشترط بما اشترط على نفسه من غير إكراه .

والحنابلة وهم يجيزون بيع العربون فإنه يتفق مع نظريتهم في التوسعة بالشروط التي لا تخالف مقتضى العقد وهم هنا يقولون بصحة العقد سواء تم تعيين وقت لدفع بقية الثمن المبيع أم لا وهذا ما جزم به صاحب المغني .

لكن صاحب مطالب أولي النهى قد ذهب إلى أن الاشتراط في بيع العربون ينبغي أن يقيد بزمن معين لما يترتب على الإطلاق من ضرر واضح بين(٢) .

ولا شك بأن هذا الرأي وجيه والأخذ به أولى لأنه آخذ بمصلحة للطرفين ، ولأن تقييد الاشتراط قد أخذ به الفقهاء في شرط الخيار ونحوه بل إن التقييد بزمن معين عدّ شرطا لصحة خيار الشرط والذي يفهم من كلام الحنابلة أن بيع العربون عقد ملزم في حق البائع لا يستطيع معه الامتناع عن تنفيذه وإلا رفع أمره للقضاء لإلزامه بتسليم المبيع إن كان قائما أو ضمان القيمة .

وأما بالنسبة للمشتري فهو صاحب الخيار في العقد إن شاء دفع بقية الثمن واستحق المبيع وإلا فقد حقه في استرداد العربون المدفوع.

والذي يبدو - أن التعامل بالعربون بيعا وإجارة جائز وأن ما ذهب إليه الحنابلة أولى بالأخذ والاعتبار لسلامة الأدلة، وإن كنت أرى أن الأولى هو قيام آخذ

---

(١) البخاري، صحيح البخاري - كتاب الشروط - باب ما يجوز من الاشتراط، إعلام الموقعين ٣/ ٣٨٩

(٢) المرداوي، الإنصاف ٤/ ٣٥٨، الرحيباني، مطالب أولي النهى ٣/ ٧٨.

العربون برده إذا نكل دافعه لسبب ما لأن في الرد إقالة عثرة وقد حبب إلينا الشارع الحكيم إقالة العثرات حيث ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : " من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة "[١].

ولأن في رد العربون إلى الناكل خروجا من الخلاف وأخذا بالاحتياط وهو أسلم لدين المسلم ثم إن أدلة المانعين ليست قوية وليست كافية في إثبات الحرمة ، وبالتالي فإن حظر التعامل بالعربون ليس ثابتاً[٢] .

ثالثاً: ما عليه العمل في القانون المدني الأردني :

نصت المادة " ١٠٧" على أن العربون ليس دليلا على البتات بالعقد وإنما هو دليل على جواز العدول عنه إلا إذا نص على خلاف ذلك وجاء فيها:

١-إذا اتفق المتعاقدان على أن العربون هو جزاء العدول عن العقد فإن كلا منهما يعطى حق العدول عنه فإن عدل الدافع خسر العربون وإن عدل قابضه رده ومثله .

إن أخذ القانون ببيع العربون هو أخذ بما هو مشهور في مذهب الحنابلة على خلاف في بعض المسائل .

فالقانون جعل لكل من المتعاقدين حق العدول عنه كما جاء النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ ولو جعل حق العدول لدافع العربون. كما هو الحال عند الفقهاء لكان أولى كما هو الحال في خيار الشرط لأنه لا حاجة لإعطاء هذا الحق لقابضه، ولأنه بإمكان القابض تقدير الموقف ابتداء ورفض أخذ العربون والإصرار على أن يكون العقد منعقدا وتاماً منذ التعاقد

٢- إن القانون نص على أن العدول إن كان من قابض العربون فإنه يقوم برده

---

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الإقالة، ح(٢١٩٩).

(٢) أبو رخية، ماجد، حكم العربون في الإسلام .

ومثله معه – ولو لم يلحق به ضرر – خلافاً لما ذهب إليه الفقهاء، فالجمهور لا يجيزون لقابض العربون أخذه إذا نكل دافعه عن إتمام الصفقة ، والحنابلة أجازوا أخذه دون زيادة أخذا بظاهر الأدلة.... والقانون إذا كان يرى أن أخذ العربون ليس تعويضا عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر نتيجة العدول عن العقد، وإنما هو نزول عند إرادة المتعاقدين فبأي حق وبأي وجه يجيز أخذ الزيادة على المدفوع ؟

٣ – إن القانون لم يحدد مدة العربون بزمن وترك الأمر مطلقاً، ولو أخذ برأي بعض الحنابلة بالتقييد بزمن معين لكان أولى، لأن في التقييد جلبا لمصلحة ودفعا لمفسدة وتقريرا لمبدأ استقرار العقود في المعاملات وغيرها.

المبحث الثالث

عقد السلم

المطلب الأول: تعريف السلم في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف السلم في اللغة:

السلم لغة: الإعطاء، والتسليف، يقال: أسلم الثوب للخياط، أي: أعطاه إياه، وأسلم في البُرِّ، أي: أسلف، من السَّلم[١].

والسلم السلف في البيع، يقال: أسلم وسلم: إذا أسلف، وهو أن يعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم. فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة، وسلمته إليه[٢].

ثانياً: تعريف السلم في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريف السلم تبعاً لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه:

١- عرفه الحنفية بأنه: بيع آجل بعاجل[٣]. ومعناه: بيع مال آجل: وهو المبيع، وهو دين موصوف في الذمة. بمال عاجل: وهو الثمن.

٢- وعرفه الحنابلة بأنه: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد[٤].

تعريف الحنفية والحنابلة مبني على اشتراط قبض رأس المال في مجلس العقد

---

(١) ابن منظور، لسان العرب١٥/ ١٨٧، الفيومي، المصباح المنير، ص ٢٨٤.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٠٤، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٠٩.

(٤) ابن قدامة، المغني ٤/ ٣١٢، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٨٩.

لصحة السلم، وعلى تأجيل المُسلم فيه، احترازاً من السلم الحال.

٣- وعرفه المالكية بأنه: بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة، أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم(١).

تعريف المالكية مبني على عدم اشتراط تسليم رأس المال في مجلس العقد، وعلى جواز تأجيل السلم اليومين والثلاثة لخفة الأمر، وعلى منع السلم الحال.

٤- وعرفه الشافعية بأنه: عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً(٢).

تعريف الشافعية مبني على اشتراط قبض رأس المال في مجلس العقد لصحة السلم، وعلى جواز كون السلم حالاً ومؤجلاً.

وعرفه القانون المدني الأردني في المادة (٥٣٢) بأنه: (بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل).

يسمي الفقهاء المشتري: رب السلم، أو المُسلِمَ، والبائع: المُسلَمَ إليه، والمبيع: المُسلَمَ فيه وهو دين موصوف في الذمة، والثمن: رأس مال السلم وهو: الثمن العاجل المقبوض في مجلس العقد.

المطلب الثاني: مشروعية عقد السلم

لقد ثبتت مشروعية عقد السلم بنص الكتاب، والسنة، وعمل الصحابة، والإجماع:

١- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٩٥، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٣٧٨.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٤/ ٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٢.

وجه الدلالة: أن الآية بعمومها تشمل السلم، والبيع بثمن مؤجل، لأن أحد البدلين في كل منهما دين ثابت في الذمة. فالسلم نوع من الديون، لأن المسلم فيه ثابت في الذمة إلى أجل معلوم، فكانت إباحته داخلة تحت عموم الآية.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: (هذه الآية نزلت في السلم خاصة، ومعناه أن سلم أهل المدينة كان سبب نزول الآية، وهي تتناول بعمومها جميع المداينات إجماعاً)[١].

وقال أيضاً: (أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى، قد أحله الله في الكتاب، وأذن فيه، قال الله عز وجل: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢])[٢].

٢- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يُسلفون في الثمار السنتين والثلاث، فقال:" من أسلف في شئ، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[٣]. فدل الحديث على مشروعية السلم، وعلى الشروط المعتبرة فيه.

٣- فعل الصحابة: فقد تعامل الصحابة رضي الله عنهم بالسلم من عهد رسول الله ﷺ. فعن محمد بن أبي مجالد قال: أرسلني أبو بردة وعبدالله بن شداد إلى عبدالرحمن بن أبزي وعبدالله بن أبي أوفى فسألتهما عن السلف، فقالا: كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة، والشعير، والزبيب إلى أجل مسمى، قال: قلت: أكان لهم زرع،أو لم يكن لهم زرع؟

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٣٧٧.

(٢) الحاكم، المستدرك ٢/ ٢٨٦، ابن أبي شيبة، المصنف ٨/ ٥. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، ح(٢٢٤٠)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب السلم، ح(١٦٠٤).

قالا: ما كنا نسألهم عن ذلك[١].

وعن ابن أبي مجالد قال: اختلف عبدالله بن شداد بن الهاد وأبو بردة في السلف، فبعثوا بي إلى ابن أبي أوفى رضي الله عنه فسألته، فقال: إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وعمر في الحنطة، والشعير، والزبيب، والتمر. وسألت ابن أبزي فقال مثل ذلك[٢].

وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: اخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عمرو بن دينار أن ابن عمر كان يجيزه[٣].

وأخبر الإمام مالك رحمه الله تعالى عن نافع أنه كان يقول: لا بأس أن يسلف الرجل في طعام موصوف بسعر معلوم، إلى أجل مسمى[٤].

فهذه الآثار تدل على أن الصحابة كانوا يتعاملون بالسلم في عهد النبي ﷺ، وأبي بكر، وعمر رضي الله عنهما.

٤- الإجماع: أجمع الفقهاء على جواز السلم، ولم يخالف في مشروعيته أحد.

قال ابن المنذر رحمه الله تعالى: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز[٥].

وقال ابن الهمام رحمه الله تعالى: إن السلم شرع بالنص والإجماع لحاجة كل من البائع والمشتري[٦].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب السلم إلى أجل معلوم، ح(٢٢٥٤).

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب السلم في وزن معلوم، ح(٢٢٤٢).

(٣) الشافعي، الأم ٣/ ٩٤.

(٤) مالك، الموطأ ٢/ ١٤٢.

(٥) ابن المنذر، الإجماع، ص٦٥.

(٦) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٠٦.

المطلب الثالث: حكمة مشروعية السلم

إن إباحة عقد السلم فيه رفع للحرج عن الناس، ومما تدعو إليه الحاجة، فرب إنسان يملك المال في الحال، لكن له حاجة إلى سلعة ما في وقت آجل، وآخر يحتاج المال في الحال، وله القدرة على تسليم تلك السلعة في ذلك الوقت المؤجل، فكان مشروعية السلم دفع للحاجتين.

حاجة المُسِلمُ: وهي أنه تعاقد على ما يريد الحصول عليه، وفي الوقت الذي يريده، وأشغل به ذمة غيره، بحيث يجب عليه الوفاء بما التزم به في الوقت المعين، والسعر الذي اتفقا عليه.

حاجة المسلم إليه: وهي أن يحصل عاجلاً على ما يريده من مال مقابل التزامه بالوفاء بالمسلم فيه آجلاً، فاندفعت حاجته الحالية للمال بقدرته المالية على تسليم المسلم فيه[1].

وقد أشار ابن قدامة رحمه الله تعالى إلى هذه الحكمة حيث قال: (ولأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن، ولأن بالناس حاجة إليه، لأن أرباب الزروع والثمار، والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المُسِلمُ- أي رب السلم- بالاسترخاص)[2].

---

(١) القضاة، السلم والمضاربة، ص٢٩-٣٠.

(٢) ابن قدامة، المغني ٣/ ٣٠٤.

المطلب الرابع: أركان السلم وشروطه

السلم عقد من عقود المعاوضات المالية، وهو نوع من البيوع، ولذا فإن أركانه هي أركان البيع، وشروطه هي شروط البيع، غير إن لعقد السلم شروطاً خاصة زائدة عن شروط البيع المطلق، تميزه عن غيره من العقود.

وأركان السلم هي: الصيغة وهي: الإيجاب والقبول، والعاقدان وهما: المسلم، والمسلم إليه، ومحل العقد وهما: رأس المال، والمسلم فيه.

الركن الأول: الصيغة:

السلم عقد يتم بين طرفين، لذا فلابد فيه من صيغة يفصح بها المتعاقدان عن رغبتهما في التعاقد، والصيغة هي الإيجاب والقبول.

ويصح بإتفاق الفقهاء الإيجاب بلفظ السلم أو السلف، وما اشتق منهما، كأن يقول شخص لآخر: أسلفتك وأسلمتك، وأعطيتك كذا سلماً، أو سلفاً في كذا، لأنهما لفظان بمعنى واحد، وكلاهما اسم لهذا العقد. وكذا يصح القبول من العقد الآخر بكل لفظ يدل على الرضا بما أوجبه العاقد الأول، كقوله: قبلت، أو رضيت ونحو ذلك[١].

لكن اختلف الفقهاء في صحة انعقاد السلم بلفظ البيع على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية [٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥] إلى جواز انعقاد السلم بلفظ البيع إذا بيّن فيه إرادة السلم وتحققت

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٠١، البابرتي، شرح العناية ٧/ ٧٠، منح الجليل ٣/ ٢، الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٤، المبدع ٤/ ٢٠٥، الفتوحي، منتهى الارادات ٢/ ٢١٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٠١، ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ١٦٨.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٩٦، الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٥٤٠، منح الجليل ٣/ ٢.

(٤) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٤، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٤.

(٥) البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٨٩، الفتوحي، منتهى الارادات ٢/ ٢١٤.

شروطه، كأن يقول رب السلم (المسلم): اشتريت منك خمسين رطلاً زيتاً صفته كذا إلى أجل كذا بعشرين درهماً حالة، وقبل المسلم إليه. أو يقول المسلم إليه: بعتك عشرين صاعاً من قمح صفته كذا إلى أجل كذا، بمائة درهماً معجلة في المجلس، وقبل رب السلم انعقد السلم. لأن السلم نوع من أنواع البيوع يقتضي قبض العوض في المجلس، وإنما انفرد ببعض الشروط التي تميزه عن غيره من الأنواع، فكان لفظ البيع مع مراعاة شروط السلم الخاصة، سلماً من حيث المعنى، فينعقد به مثلما ينعقد الصرف بلفظ البيع، إذ العبرة في العقود لمعانيها لا لصور ألفاظها.

القول الثاني: ذهب الإمام زفر من الحنفية[١]، وبعض الشافعية[٢]، والظاهرية[٣] إلى أن السلم لا ينعقد بلفظ البيع، فإذا عقد السلم بلفظ البيع يكون بيعاً. لأنه يعتبر لفظ العاقد، وينعقد بيعاً، نظراً للفظ، ويشترط لصحته تعيين أحد العوضين، ولا يشترط فيه قبض رأس المال في المجلس، لأن السلم غير البيع، فلا ينعقد بلفظه.

والراجح هو انعقاد السلم بلفظ البيع إن ذكرت باقي شروطه، لأن السلم بيع، وإطلاق لفظ البيع عليه اطلاقاً لما يتناوله ولا يعارضه.

ويشترط في الصيغة شروط البيع العامة السابق ذكرها، ويزاد عليها شرط وهو: ألا يكون في السلم خيار الشرط لأي من العاقدين، فإذا شرط فيه الخيار للعاقدين، أو لأحدهما فسد العقد وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]. لأنه عقد لا يقبل خيار الشرط إذ يشترط لصحته تمليك رأس المال، وإقباضه للمسلم إليه قبل التفرق، ووجوب تحققهما مناف لخيار الشرط.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٠١، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ٧٠.
(٢) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٤، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٤.
(٣) ابن حزم، المحلى ٩/ ١٠٦.
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٠١، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ٧٠.
(٥) الشافعي، الأم ٣/ ١١٧، الشيرازي، المهذب ١/ ٢٩٧.
(٦) البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٨٩، البهوتي، الروض المربع ٢/ ٧٣.

ولأنه بيع موصوف، والبيع الموصوف لا يجوز إلا أن يقبض صاحبه ثمنه قبل أن يتفرقا، لأن قبضه ما سلف فيه قبض ملك، وهو لو قبض مال الرجل على أنه بالخيار لم يكن قبضه قبض ملك.

وخالف المالكية(١) وقالوا بجواز خيار الشرط في السلم للعاقدين، أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دون ذلك، بشرط ألا يتم نقد رأس المال، فإن نقد فسد العقد مع شرط الخيار، لتردد رأس المال بين السلفية والثمنية.

والراجح قول الجمهور في عدم اشتراط خيار الشرط في عقد السلم، لأن قبض رأس مال السلم في مجلس العقد شرط لصحة السلم، وخيار الشرط يمنع ذلك.

الركن الثاني: العاقدان:

السلم عقد معاوضة مالية ينشأ بين طرفين متعاقدين بإرادتهما، ويشترط في العاقدين أن يكونا من أهل العبارة المعتبرة في إنشاء العقود والالتزام بآثارهما. ويتم ذلك بشرطين هما:

الأول: أن يكون كل من العاقدين أهلاً للمعاملة والتصرف: أي يكون عندهما أهلية الأداء(٢)، وتتحقق هذه الأهلية وتكون كاملة في الإنسان البالغ، العاقل، الرشيد، غير المحجور عليه بأي سبب من أسباب الحجر(٣). لذا فإنه يكون أهلاً لعقد السلم سواء أكان مسلماً، أم مسلماً إليه، فينعقد العقد بعبارته وينفذ. أما غير المميز كالمجنون والصبي غير المميز، فلا يجوز أن يكونا طرفاً في عقد

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٩٦، الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٥٤٠.

(٢) أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لصدور الأقوال والأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً. انظر: التفتازاني، التلويح على التوضيح ٣/ ١٥٢.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٩٠.

السلم، إذ إن عبارتهما لغو من القول، لا يترتب عليها أثر، ولا ينبرم بها عقد، ويجوز لمن يلي هؤلاء أن يعقد لهما السلم مع مراعاة ما فيه خيرهم ومصلحتهم.

الثاني: أن يكون لهما ولاية على العقد: وذلك بأن يكون متولي العقد هو صاحب الشأن فيه، أو يكون مخولاً شرعاً: إما بالنيابة الاختيارية التي تثبت بالوكالة، فيكون العاقد وكيلاً لغيره فيما يملك الموكل فعله بنفسه، فتثبت له الولاية على إبرام ما وكل فيه من عقود. وإما بالنيابة

الإجبارية التي تثبت بتولية الشارع، وتكون لمن يلي مال المحجور عليهم من الأولياء كالأب والجد، والأوصياء، الذين جعلت لهم سلطة شرعية على إبرام العقود وإنشاء التصرفات المالية لمصلحة من يلونهم[١].

الركن الثالث: المعقود عليه:

والمعقود عليه هو: رأس المال، والمُسلَم فيه، وهناك شروط مشتركة للمعقود عليه، وشروط خاصة برأس المال، وأخرى للمسلم فيه نذكرها كما يلي:

أولاً: الشروط التي تعود على البدلين معاً: ويشترط لهما شرطان وهما:

١- أن يكون كل من رأس المال والمسلم فيه مالاً متقوماً: طاهر العين، منتفعاً به انتفاعاً شرعياً، فلا يجوز أن يكون أحدهما مما لا يعد مالاً منتفعاً به شرعاً كالخمر، أو مما كان نجساً لا يمكن تطهيره كالخنزير، ويجوز فيما عدا ذلك من سائر الأموال المتقومة[٢].

(١) المصادر السابقة.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠، النووي، المجموع ٩/ ١٤٩، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٥.

٢- ألا يكون البدلان مالين يتحقق في سلم أحدهما بالآخر ربا النسيئة[١]، وذلك بألا يجمع البدلين أحد وصفي علة ربا الفضل[٢]: لأن المسلم فيه مؤجل في الذمة، فإذا جمعه مع رأس المال أحد وصفي علة ربا الفضل، تحقق ربا النساء، وكان فاسداً لقوله ﷺ:" الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل،سواء بسواء،يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"[٣].

ثانياً: شروط رأس مال السلم:

يشترط الفقهاء في رأس مال السلم شرطين هما:

١- أن يكون معلوماً: وهذا باتفاق الفقهاء[٤]، لأنه أحد طرفي المعاوضة، فلابد من كونه معلوماً للعاقدين.

ورأس المال إما أن يوصف في الذمة، ثم يعين في مجلس العقد ببيان جنسه، ونوعه، وقدره، وصفاته، كأن يقول: أسلمت إليك ألف دينار أردني، أو ألف ريال سعودي، أو ألف صاع قمح بلدي، ويبين صفاته كقوله: جيد، أو وسط، أو ردىء، كبير الحب، أو صغيره. لأن قبول الطرف الآخر مبني على العلم بما يلتزم به الطرف الأول، ولا يتم هذا العلم إلا ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة، مما يرفع الجهالة عن رأس المال، فإذا قبل الطرف الآخر، وجب تعين رأس المال في مجلس العقد،

---

(١) ربا النسيئة: هو فضل الحلول على الأجل، وفضل العين على الدين في المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس، أو في غير المكيلين وغير الموزونين عند اتحاد الجنس. انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٣١.

(٢) ربا الفضل: هو فضل عين مال على المعيار الشرعي، وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس. انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٣١.

(٣) مسلم، صحيح مسلم،كتاب البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، ح(١٥٨٧).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢١٨، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٢٦٨، الشيرازي، المهذب ١/ ٢٩٨، ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣٧.

وتسليمه إليه وفاء بالعقد[١].

وإما أن يكون معيناً عند العقد، كأن يكون حاضراً مشاهداً، ثم يقع العقد على عينه، فلا يشترط بيان قدره، أو صفته، لقوله ﷺ:" من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[٢]، فاشترط بيان قدر المسلم فيه، ولم يشترط بيان قدر رأس المال، وقياساً على بيوع الأعيان، فإن الثمن فيها يكون معيناً، فتغني مشاهدته عن بيان قدره وصفاته، وإلى هذا ذهب أبويوسف ومحمد من الحنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة في قول لكل منهما[٣].

وذهب الشافعية في قول آخر والحنابلة في المعتمد إلى وجوب وصف الثمن وبيان مقداره، ولا تغني مشاهدته عن ذلك، لأن عقد السلم عرضة للفسخ، إذ أن المسلم فيه دائر بين الوجود والعدم، فإن تعذر عند المحل وجب رد رأس المال أو بدله، فوجب معرفة قدره وأوصافه كي يتسنى رد بدله[٤].

وقد أخذ القانون المدني الأردني بالقول الثاني، فنص في المادة (٥٧٠) فقال: (يشترط في رأس مال السلم (أي ثمنه) أن يكون معلوماً قدراً ونوعاً، وأن يكون غير مؤجل بالشرط مدة تزيد عن بضعة أيام).

٢- تسليم رأس المال في مجلس العقد: اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

الأول: يشترط لصحة عقد السلم، قبض رأس المال في مجلس العقد، فلو تفرقا قبله بطل العقد، وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية[٥]، والشافعية[١]، والحنابلة[٢]،

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) سبق تخريجه، ص(١٣٠).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، الصاوي، بلغة السالك٢/ ٥٤٠، الشيرازي، المهذب ١/ ٢٩٨، ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣٧.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢١٦، شيخ زاده، مجمع الأنهر ٢/ ١٠١.

والظاهرية[٣]. واستدلوا بما يلي:

١- قوله ﷺ:" من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[٤]، وقوله ﷺ:" من سلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم"[٥]. وإسلاف رأس المال يقتضي تعجيله، وأمر النبي ﷺ للوجوب، فيتعين وجوب تسليم رأس المال في المجلس.

٢- إن في تأخير رأس المال منافاة للحكمة الظاهرة من مشروعية السلم، وهي تمكين من يحتاج إلى مال للنفقة على زرعه وأشجاره حتى تغل وتثمر، فلابد من تسليم رأس المال ليتمكن المسلم إليه من التصرف فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه إلى الأجل.

الثاني: يجوز تأخير تسليم رأس مال السلم ثلاثة أيام بشرط وبغير شرط، وبهذا قال المالكية[٦]، لأن ما قارب الشئ يعطى حكمه، أي: لأن مدة الثلاثة أيام قريبة من مجلس العقد، فيكون القبض فيها كالقبض في مجلس العقد.

والراجح قول الجمهور من إن قبض رأس مال السلم في مجلس العقد شرط لصحته، فإذا تأخر بطل السلم، لأن مجلس العقد ينتهي بتفرق العاقدين، ولا يمكن الحاق مدة به مهما كانت يسيرة إلا بدليل، ولا دليل.

---

(١) الشيرازي، المهذب ١/ ٢٩٠، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٢.

(٢) ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣٨، المرداوي، الإنصاف ٥/ ١٢٥.

(٣) ابن حزم، المحلى٩/ ١٠٩.

(٤) سبق تخريجه، ص(١٣٠).

(٥) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب السلم في كيل معلوم، ح(٢٢٣٩)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب السلم،ح(١٦٠٤).

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٩٥، الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٥٣٨، الدردير، الشرح الصغير ٢/ ٥٣٨.

ثالثاً: شروط المسلم فيه:

يشترط في المسلم فيه عدة شروط لابد من توافرها حتى يصح عقد السلم نذكرها كما يلي:

١- أن يكون المسلم فيه ديناً في الذمة: أي أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً في ذمة المسلم إليه، فلا يصح السلم إذا جعل المسلم فيه شيئاً معيناً بذاته، سواء أكان منقولاً، أم غير منقول لئلا يكون مناقضاً للغرض المقصود منه، لأن لفظ السلم موضوع لبيع شئ في الذمة، أما الأعيان المعينة فإنها تباع بيعاً مطلقاً لا سلماً. فلو قال شخص لآخر: أسلمت إليك مائة ألف درهم في هذه السيارة، فقبل الطرف الثاني، فإنه لا يكون سلماً، لأن السيارة التي جعلت مسلماً فيه معينة، والتعيين يناقض الدينية، فيخرج العقد عن حقيقة السلم.

والدليل على وجوب كون المسلم فيه ديناً في الذمة، ما ورد عن عبدالله بن سلام قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه فقال: إن بني فلان أسلموا (لقوم من اليهود)، وإنهم قد جاعوا، فأخاف أن يرتدوا، فقال النبي ﷺ:" من عنده؟"، فقال رجل من اليهود: عندي كذا كذا (لشئ قد سماه)، أراه قال: ثلاثمائة دينار بسعر كذا وكذا، من حائط بني فلان، فقال رسول الله ﷺ:" بسعر كذا وكذا، إلى أجل كذا وكذا، وليس من حائط بني فلان"[1]. فالنبي ﷺ رفض أن يكون المسلم فيه من حائط معين، وجعله مطلقاً في الذمة.

وبناء على اشتراط كون المسلم فيه ديناً في الذمة، فإن ما يصح أن يكون مسلماً فيه من الأموال هو: المثليات، كالمكيلات، والموزونات، والمذروعات، والعدديات المتقاربة، والقيميات التي تقبل الانضباط بالوصف. فكل ما صح ضبطه جاز السلم

---

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، ح(٢٢٨١). وقال الأرنؤوط: اسناده ضعيف.

فيه، أما ما لا يمكن ضبط صفاته من الأموال، فلا يصح السلم فيه، لأنه يفضي إلى المنازعة والمشاقة[١].

٢- أن يكون المسلم فيه مؤجلاً: اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

الأول: لا يصح السلم إلا إذا كان المسلم فيه مؤجلاً، وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤]، وبه قال بعض الصحابة مثل: ابن عباس، وابن عمر، وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم. واستدلوا بما يلي:

أ- قوله ﷺ:"من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم".

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر بمراعاة الأجل، كما أمر بمراعاة القدر فيه، وأمره يدل على الوجوب، فدل ذلك على اشتراط الأجل في عقد السلم.

ب- لأن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة، كان بيع غائب تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبَّانها لينفقه عليها، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية، وقد سماه الفقهاء: بيع المحاويج. فإذا جاز حالاً بطلت هذه الحكمة، وارتفعت هذه المصلحة، ولم يكن لاستثنائه من بيع ما ليس عندك فائدة[٥].

الثاني: يجوز السلم حالاً كما يجوز مؤجلاً، وبهذا قال الشافعية[٦]، وقول عند

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٧، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢١٢، الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ١٩٥، ابن تيمية، المحرر في الفقه ١/ ٣٣٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢١٢، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢١٧.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٥، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٠٣.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٩٩، ابن مفلح، المبدع ٤/ ١٨٥.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٣٧٩.

(٦) الشافعي، الأم ٣/ ٩٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٥.

المالكية[١]، وبه قال أبوثور، وعطاء، وابن المنذر[٢]. لأن السلم الحال بيع خال من الغرر، وإذا أجاز الشارع السلم المؤجل، مع ما فيه من الغرر، فتجويزه في الحال أولى بمفهوم الموافقة، لأنه قد يقدر في الحال، ولا يقدر عند المحل، فتجويزه في الحال أولى، لخلوه من الغرر.

٣- أن يكون الأجل معلوماً: يشترط لصحة السلم أن يكون الأجل الذي يوفى فيه المسلم فيه معلوماً[٣]، لقوله ﷺ: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[٤]. فقد نص على وجوب معلومية الأجل. فإذا كان الأجل مجهولاً فالسلم فاسد، سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة، لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة، إذ كلما طلب المسلم أداء المسلم فيه، رد المسلم إليه بأن هذا ليس بوقت المحل، فلا يتحدد وقت تستحق فيه المطالبة ويجب فيه الدفع، مما يفتح باب النزاع بين العاقدين.

ويتم العلم بالأجل: إما بتقدير مدته بالأهلة مثل أن يقول: أسلمت إليك ألف درهم في عشرة أمداد قمح إلى ستة أشهر، أو بعد ستة أشهر. وإما بتحديد وقت محل المسلم فيه، مثل أن يقول: أسلمت إليك ألف درهم في عشرة أمداد قمح إلى أول رمضان، أو إلى أول شهر يناير ونحو ذلك. لأن هذه آجال معلومة معينة ينضبط بها تاريخ الاستحقاق، ووجوب الوفاء[٥].

٤- أن يكون المسلم فيه معلوماً: يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٠٣، العدوي، حاشية العدوي ٢/ ١٦٣.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢١٧، ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٢٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢١٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٥، ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٢١.

(٤) سبق تخريجه، ص(١٣٠).

(٥) المصادر السابقة.

معلوماً مبيناً بما يرفع الجهالة عنه، ويسد الأبواب إلى المنازعة بين المتعاقدين عند تسليمه، لأن المسلم فيه أحد بدلي عقد المعاوضة، فاشترط فيه أن يكون معلوماً كما يشترط العلم بالعوض والمعوض في سائر عقود المعاوضات[1].

ولما كان المسلم فيه ثابتاً في الذمة غير مرئي، ولا معين، اشترط الفقهاء أن ينص في العقد على بيان جنس المسلم فيه بأن يبين أنه حنطة، أو زيت، ونوعه بأن يبين أن الزيت من النوع الإيطالي، أو التونسي، وقدره، ويتحقق بكل وسيلة ترفع الجهالة عن المقدار الواجب تسليمه، وتضبط الكمية الثابتة في الذمة ديناً بصورة لا تدع مجالاً للمنازعة عند الوفاء[2].

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الشرط في المادة (٥٣٣) فقال: (يشترط لصحة بيع السلم: ١- أن يكون المبيع من الأموال التي يمكن تعيينها بالوصف والمقدار ويتوافر وجودها عادة وقت السلم. ٢- أن يتضمن العقد بيان جنس المبيع ونوعه وصفته ومقدار وزمان إيفائه).

٥- أن يكون المسلم فيه مقدور التسليم عند محله: وذلك بأن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل، لأن المسلم فيه واجب التسليم عند الأجل، فلابد أن يكون تسليمه مقدوراً عليه حينذاك، وإلا كان من الغرر الممنوع[3].

وعلى هذا فلا يجوز أن يسلم في ثمر إلى أجل لا يعلم وجود ذلك الثمر فيه، أو لا يوجد إلا نادراً، لأن الظاهر عدم وجود المسلم فيه عند حلول أجله، فلا يقدر على

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٠٧، الخرشي، حاشية الخرشي ٥/ ٢١٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٧، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٦.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٢٩، الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ١٩٠، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٨.

(٣) المرغيناني، الهداية ٣/ ٧١، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢١١، النووي، روضة الطالبين ٤/ ١١، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٩٠، ابن حزم، المحلى ٩/ ١١٤.

الوفاء عند حلول الأجل، كما لا يجوز أن يسلم في ثمار نخلة معينة، أو ثمار بستان عينه، لأن النخيل المعين أو تمر البستان المعين لا يؤمن تلفه وانقطاعه[١].

واختلف الفقهاء في اشتراط كون المسلم فيه موجوداً عند العقد على قولين:

الأول: يجوز السلم في المعدوم وقت العقد، وفيما ينقطع من أيدي الناس قبل حلول الأجل، وبهذا قال المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]. لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يُسلفون في الثمار السنتين والثلاث، فقال:" من أسلف في شئ، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[٦]. فلم يشترط النبي ﷺ وجود السلم فيه عند العقد، ولو كان شرطاً لذكره، ولنهاهم عن السنتين والثلاث، لأنه ينقطع في هذه المدة.

الثاني: لا يجوز السلم إلا فيما هو موجود من وقت العقد إلى وقت الأجل لا ينقطع فيما بينهما، وبهذا قال الحنفية[٧]. واستدلوا بما يلي:

١- عن أبي إسحاق عن النجراني قال، قلت لعبد الله بن عمر: أسلم في نخل قبل أن يطلع؟ قال: لا، قلت: لم؟، قال: إن رجلاً أسلم في حديقة نخل، في عهد رسول الله ﷺ قبل أن يطلع النخل، فلم يطلع النخل شيئاً ذلك العام، فقال المشتري: هو لي حتى يطلع، فقال البائع: إنما بعتك النخل هذه السنة. فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال للبائع:" أخذ من نخلك شيئاً؟"، قال: لا، قال:" بم تستحل ماله؟ أردد عليه ما

---

(١) ابن قدامة، المغني ٤/ ٢٤٣، النووي، روضة الطالبين ٤/ ٨، الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ١٨٧.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٢٩، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢٧٤.

(٣) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٦.

(٤) ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٢٦، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٠.

(٥) ابن حزم، المحلى ٩/ ١١٤.

(٦) سبق تخريجه، ص(١٣٠).

(٧) ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ١٧٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٠٦.

أخذت منه، ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه"[١].

٢- لأن المسلم إليه قد يموت قبل حلول الأجل، فإذا مات حلت الديون التي في ذمته، ووجب وفاؤها قبل قسمة تركته، فاقتضى أن يكون وجود المسلم فيه من حين العقد إلى وقت المحل شرطاً لجواز أن يستحق في أي وقت بين هذين الأجلين، كما أن وجوده عند حلول الأجل شرط لاستحقاقه فيه[٢].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من جواز السلم فيما ليس موجوداً عند العقد، وفيما ينقطع من أيدي الناس إن كان عام الوجود عند حلول الأجل.

٦- تعيين مكان الإيفاء: اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين مكان إيفاء المسلم فيه لصحة السلم على ثلاثة أقوال هي:

١- ذهب أبويوسف ومحمد من الحنفية[٣] والمالكية[٤] والشافعية في قول[٥] والحنابلة[٦] إلى أنه لا يشترط ذكر مكان أيفاء المسلم فيه، بل يصح السلم بدونه.

أ- لأن النبي ﷺ لم يذكره في الحديث، فلم يقل: في مكان معلوم عندما اشترط الكيل المعلوم والوزن المعلوم في قوله عليه السلام:" من أسلم فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"[٧]، ولو كان تعيين المكان شرطاً لذكره النبي ﷺ.

---

(١) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع، ح(٢٢٨٤)، أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في وضع الجائحة، ح(٣٤٧٠).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الكاساني،بدائع الصنائع٧/ ٣١٧٦،شيخ زاده،مجمع الأنهر٢/ ١٠٢، حاشية ابن عابدين٤/ ٢٠٧.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٧٩، الباجي، المنتقى ٤/ ٢٩٩،ابن جزي، القوانين الفقهية،ص٢٧٥.

(٥) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٤.

(٦) ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣٩، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٩٢.

(٧) سبق تخريجه، ص(١٣٠)

ب- ولأن اشتراطه يزيد السلم تعقيداً، وفيه إحراج، لأنه قد يتعذر تسليمه في المكان المعين، وقياساً على بيوع الأعيان، فإنه لا يشترط لصحتها ذكر مكان الإيفاء، والسلم عقد معاوضة، وهو نوع من أنواع البيوع، فلا يكون ذكر مكان الإيفاء شرطاً لصحته.

٢- وذهب الشافعية في قول والثوري والأوزاعي[١] إلى أن تعيين مكان إيفاء المسلم فيه شرط لصحة السلم، ولا يصح بدونه، سواء أكان المسلم فيه يحتاج إلى نفقات حمل كالحديد والقمح، أم لا يحتاج إلى نفقات. لأن هذا مما يتعين بيانه في العقد، لأن في ذكر مكان الوفاء غرضاً صحيحاً للطرفين، وذلك لأن التسليم يجب عند حلول الأجل، ويكون العاقدان متفرقين لا يجمعهما مكان واحد عادة، فإن لم يذكر مكان الإيفاء في العقد كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة. ولذا لا يصح السلم إلا إذا ذكر مكان الوفاء، وكما احتيج إلى ذكر زمان الوفاء فيلزم ذكر مكانه.

٣- وذهب أبو حنيفة[٢] والشافعية في قول آخر[٣] إلى التفريق بين ما لحمله مؤونة، وما ليس لحمله مؤونة:

أ- فما كان له حمل ومؤونة، أي: يحتاج نقله إلى كلفة وسيلة نقل وأجرة حمال، فإنه يشترط تعيين مكان إيفاء المسلم فيه، كالطعام من التمر والشعير وغيرها، فإنها إذا أسلمت في مكان لا يلائم المسلِم فيتضرر من ذلك، لأنه يختلف الثمن باختلافه، فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها دفعاً للمنازعة.

ب- أما إذا لم يكن له حمل ومؤونة كالجواهر والأشياء الخفيفة، فلا يشترط ذكر مكان الوفاء، فتقبل في أي مكان.

---

(١) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٧، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٠٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع٧/ ٣١٧٦، شيخ زاده، مجمع الأنهر٢/ ١٠٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين٤/ ٢٠٧.

(٣) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٧، النووي، روضة الطالبين ٤/ ١٢.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من إن تعيين مكان الإيفاء ليس شرطاً يتوقف عليه صحة السلم، لأن الإيفاء أمر خارج عن العقد، وهو ما تدل عليه ظواهر النصوص، ولو كان مما يشترط لذكر في الحديث، فأصل التسليم يكون في محل العقد، وحيث اصطلحا على غيره جاز.

المطلب الخامس: أحكام السلم

يترتب على عقد السلم بعض الأحكام مثل انتقال الملك في العوضين، ووجوب إيفاء المسلم فيه عند حلول أجله نبينها كما يلي:

أولاً: انتقال الملك في العوضين:

السلم عند انعقاده، مستجمعاً أركانه وشروط صحته، يقتضي انتقال ملك رأس المال إلى المسلم إليه، وانتقال ملك المسلم فيه إلى رب السلم، فإذا قبض المسلم إليه رأس المال جاز له أن يتصرف فيه بكل التصرفات الشرعية.

أما المسلم فيه، فلا يجب إيفاؤه إلا عند حلول الأجل، فبرغم أنه أصبح ملكاً لرب السلم بمقتضى العقد، إلا أن ملكيته غير تامة، لأنه مازال في ذمة المسلم إليه وغير معين، ولم يدخل في ضمان رب السلم بعد[1].

قال الإمام السيوطي رحمه الله تعالى: (جميع الديون التي في الذمة بعد لزومها وقبض المقابل لها مستقرة، إلا ديناً واحداً، هو دين السلم، فإنه وإن كان لازماً فهو غير مستقر، وإنما كان غير مستقر لأنه بصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه، فينفسخ العقد)[2].

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٠١، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٢٥، الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٨، ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣١.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٢٦.

ثانياً: التصرف في المسلم فيه قبل قبضه:

اختلف الفقهاء في جواز تصرف رب السلم في المسلم فيه قبل قبضه وتملكه على ثلاثة أقوال:

١- لا يجوز التصرف بالمسلم فيه قبل قبضه مطلقاً، لا ببيع ولا شركة ونحو ذلك، وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]. لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ:" إذا اشترى أحدكم طعاماً، فلا يبعه حتى يقبضه"[٤]، فقد نهي النبي ﷺ أن يبيع الإنسان الطعام قبل قبضه، فيدخل فيه بيع المسلم فيه قبل قبضه. ولأنه لا يؤمن من فسخ العقد بسبب انقطاع المسلم فيه، وامتناع الاعتياض عنه، فكان كالمبيع قبل القبض.

٢- لا يجوز بيع المسلم فيه قبل استيفائه إن كان طعاماً، ويجوز بيعه إن كان غير طعام، وبهذا قال المالكية[٥].لقوله ﷺ:" من ابتاع طعاماً، فلا يبعه حتى يقبضه"[٦].

٣- يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه لمن هو في ذمته بثمن المثل، أو دونه، لا أكثر منه حالاً، وبهذا قال المالكية في قول[٧]، والإمام أحمد في رواية، وابن تيمية[٨]، وابن

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٧/ ١٠١، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٦٦.

(٢) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٨، الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ٨٧.

(٣) ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣١، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٢.

(٤) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى، ح(٣٤٩٧).وقال الالباني: صحيح.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٢٥.

(٦)البخاري ، الصحيح ٢/ ٦٨ كتاب البيوع باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، حديث رقم (٢١٣٣) مالك، موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب العينة وما يشبهها، ح(١٩٨٩)، النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى،ح(٤٦٠٤).

(٧) أجازه المالكية بثلاثة شروط هي:أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه،كما لو أسلم ثوباً في حيوان، فأخذ عن ذلك الحيوان دراهم،إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه. وأن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يداً بيد،كما لو أسلم دراهم في ثوب، فأخذ عنه طست نحاس، إذ يجوز بيع الطست بالثوب يداً بيد.وأن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال، كما لو أسلم دراهم في حيوان، فأخذ عن ذلك الحيوان ثوباً، فإن ذلك جائز،إذ يجوز أن يسلم الدراهم في الثوب. الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢٢٧، ابن جزي،القوانين الفقهية، ص ٢٧٤.

(٨) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٥٠٣.

القيم[1]، وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما. لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: كنا نبيع الإبل بالدراهم بالبقيع ونعتاض عنها بالدنانير، فقال النبي ﷺ: " لا بأس إذا كان بسعر يومه، ولم يتفرقا وبينهما شيء"[2]، فدل ذلك على جواز بيع الدين في الذمة على من هو في ذمته. ولأنه لا يوجد مانع شرعي، فلا يوجد نص في التحريم، ولا إجماع، ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة، لأن الأصل في المعاملات الحل، إلا ما ورد الشارع بتحريمه.

والراجح هو قول جمهور الفقهاء في عدم جواز التصرف بالمسلم فيه قبل قبضه مطلقاً، لأن النهي عن بيع ما لم يقبض جاء عاماً، فيدخل فيه الطعام وغيره.

وخالف القانون المدني الأردني جمهور الفقهاء، وأخذ بالقول الثالث، فنص في المادة (٥٣٥) على أنه: (يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع المسلم فيه قبل قبضه). ولكنه أطلق للمشتري التصرف بالبيع قبل قبضه، ولم يقيده ببيعه لمن هو في ذمته كما قيده أصحاب القول الثالث.

ثالثاً: إيفاء المسلم فيه:

١- إيفاء المسلم فيه عند حلول الأجل: إذا حل أجل السلم المتفق عليه في العقد، وجب على المسلم إليه إيفاء المسلم فيه: فإن جاء به على صفاته المشروطة في العقد، وجب على رب السلم قبوله إبراء لذمة المسلم إليه، فإن امتنع رب السلم عن قبوله، قام الحاكم مقامه في القبض، فيقبضه من المسلم إليه للمسلم، بحكم ولايته العامة، وبرئت ذمة المسلم إليه منه[3].

---

(١) ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود ٥/ ١١٣.

(٢) أبوداود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق،ح(٣٣٥٤)، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف، ح(١٢٤٢). قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وقال ابن عبد البر في "التمهيد" ٦/ ٢٩٢: حديث ثابت صحيح.

(٣) النووي، روضة الطالبين ٤/ ٢٩، ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٤٦، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٨٨.

وإن جاء به على غير الصفة المشروطة في العقد: فإن كانت الصفة دون الصفة المشروطة في العقد جاز لرب السلم قبوله، لكنه لا يلزمه، وإن كانت الصفة أجود من الصفة المشروطة، لزمه قبوله، لأنه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له، فينفعه ولا يضره، إذ لم يفته غرض[١].

٢- إيفاء المسلم فيه قبل حلول الأجل: إذا احضر المسلم إليه المسلم فيه قبل حلول الأجل، وكان على صفاته المشروطة في العقد، فإن كان في القبض إلحاق ضرر على رب السلم، إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة كلها، أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها، أو لا يأمن تلفه ويحتاج إلى الإنفاق عليه كالحيوان، فلا يجبر رب السلم على قبوله، لأن له غرضاً في تأخيره، بأن يحتاج إلى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت، ولأن عليه ضرراً في قبضه، ولم يأت محل استحقاقه له، فجرى مجرى نقص صفة فيه.

وإن لم يكن في القبض ضرر، ولا تحمل مؤنة على رب السلم، بأن يكون مما لا يتغير، كالحديد، والنحاس، فإنه يستوي قديمه وحديثه، وكذا الزيت والعسل، فعليه قبضه، لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجيل المنفعة، فجرى مجرى زيادة الصفة، وتعجيل الدين المؤجل وهذا عند الشافعية والحنابلة[٢].

ويرى المالكية أنه إذا دفع المسلم فيه قبل الأجل، جاز قبوله ولم يلزم، وألزم المتأخرون قبوله في اليوم واليومين[٣].

رابعاً: تعذر المسلم فيه عند حلول الأجل:

إذا انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل، بحيث تعذر على المسلم إليه إيفاؤه لرب

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٤/ ٣٠، ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٤٦، البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٩.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهج ٢/ ٢٣٢، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢٧٥.

السلم، كما لو أصابته جائحة مستأصلة، أو وجد في غير بلده لكنه يفسد بنقله، أو لم يوجد إلا عند قوم امتنعوا من بيعه، فقد اختلف الفقهاء في فسخ عقد السلم على قولين:

١- أن السلم صحيح، ولا ينفسخ بالتعذر، ويخير رب السلم بين أن يصبر إلى وجوده، فيطالب به عنده، وبين أن يفسخ السلم، ويرجع برأس ماله إن وجد، أو عوضه إن عدم، لتعذر رده، وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]. لأن العقد وقع على موصوف في الذمة، فهو باق على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شئ شرطه المسلم، فهو في ذلك بالخيار.

٢- السلم ينفسخ بنفس العذر، ويسترد رب السلم رأس ماله إن كان موجوداً، أو بدله إن لم يكن موجوداً، ولا يجوز التأخير، وبهذا قال زفر من الحنفية[٥]، وأشهب من المالكية[٦]، والشافعية في قول[٧]، والحنابلة في قول[٨]. لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام، وقد هلكت، فانفسخ العقد، للعجز عن التسليم قبل القبض، فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين، فإن الشئ كما لا يثبت في غير محله، لا يبقى عند فواته، كما لو اشترى بفلوس، ثم كسدت قبل القبض، يبطل العقد، فكذا هما.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٧/ ٣١٧٢، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢١٤.
(٢) الدردير، الشرح الكبير ٣/ ٢١٤، الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٢٢١، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٠.
(٣) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٩، النووي، روضة الطالبين ٤/ ١١.
(٤) ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣٣، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ٢٩٠.
(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢١٤.
(٦) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٣٠.
(٧) الشيرازي، المهذب ١/ ٣٠٩، النووي، روضة الطالبين ٤/ ١١.
(٨) ابن قدامة، المغني ٤/ ٣٣٣.

والراجح هو قول الجمهور في أن السلم صحيح، ولا ينفسخ بالتعذر، ويخير رب السلم بين أن يصبر إلى وجوده، فيطالب به عنده، وبين أن يفسخ السلم، ويسترد ماله.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بقول الجمهور، فنص في المادة (٥٣٦) على أنه: (إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ، كان المشتري مخيراً بين انتظار وجوده، أو فسخ البيع).

المبحث الرابع

عقد الاستصناع

المطلب الأول: تعريف الاستصناع في اللغة والاصطلاح

أولاً: تعريف الاستصناع في اللغة:

الاستصناع في اللغة مصدر استصنع الشئ، أي: دعا إلى صنعه، ويقال: اصطنع فلان باباً: إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً، والصناعة: هي حرفة الصانع، وعمله الصنعة، والفاعل صانع. وعليه فإن الاستصناع هو طلب عمل من الصانع ليعمل شيئاً لطالب الصنعة(١).

ثانياً: تعريف الاستصناع في الاصطلاح:

الاستصناع في الاصطلاح: هو عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع(٢).

وتختلف نظرة الفقهاء لعقد الاستصناع، فالحنفية يرون أنه عقد مستقل بذاته له طبيعته الخاصة، ومقوماته التي تميزه عن غيره، بينما الجمهور يرون أنه ليس عقداً مستقلاً بذاته، بل هو ملحق ببعض العقود المالية كالبيع والسلم، وبالتالي لم يخصصوا له عقداً خاصاً، ولا باباً مستقلاً(٣).

---

(١) ابن منظور، لسان العرب٧/ ٤١٩، الفيومي، المصباح المنير ١/ ٣٤٨، الجوهري، الصحاح ٢/ ١٠٣٤.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٣٦٢، الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ٢، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤١.

(٣) ابن رشد، المقدمات والممهدات ٢/ ٣٢، الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٥٣٨، النووي، روضة الطالبين ٤/ ٢٨، الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢١، المرداوي، الإنصاف ١١/ ١٠٥، البهوتي، شرح منتهى الإرادات٢/ ٢١٥.

يسمي الفقهاء المشتري: المستصنع، وهو من يطلب عمل شئ معين، بأوصاف معينة، والبائع: الصانع، وهو من يقوم بالعمل في شئ معين، ومحل العقد: المستصنع فيه، وهو العين المصنوعة، والعوض: الثمن الذي يدفعه المستصنع.

المطلب الثاني: مشروعية الاستصناع:

اختلف الفقهاء في مشروعية عقد الاستصناع على قولين:

الأول: الاستصناع عقد جائز، وهو مستقل بذاته، وليس متفرعاً عن عقد آخر، وبه قال الحنفية(١)، وبعض الحنابلة(٢). واستدلوا بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الله عز وجل أمر عباده بالوفاء بالعقود، أي: أن يوفوا بكل عقد أبرموه فيما بينهم، والاستصناع عقد مستقل له وجاهته في اعتباره ومشروعيته، وهو عقد يتضمن العقد على العمل والعين في الذمة، فيكون داخلاً في هذا عموم الآية.

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب، وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقى المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، فقال:" إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه"، فنبذه، فنبذ الناس، ثم اتخذ خاتماً من فضة، فاتخذ الناس خواتيم الفضة(٣).

٣- عن أنس بن مالك رضي الله عنه: أن النبي ﷺ اتخذ خاتماً من فضة، ونقش فيه: محمد رسول الله، وقال:" إنني اتخذت خاتماً من ورق، ونقشت فيه: محمد رسول

---

(١) السرخسي، المبسوط ١٢/ ١٣٨، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢، ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ٢٤٢.

(٢) المرداوي، الإنصاف ١١/ ١٠٥.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، ح(٥٨٧٦).

الله، فلا ينقشن أحد على نقشه"[١].

٤- عن أبي حازم بن دينار قال: قال سهل بن سعيد رضي الله عنه: أرسل رسول الله ﷺ إلى فلانة- امرأة قد سماها سهل- :" مري غلامك النجار أن يعمل لي أعواداً أجلس عليهن، إذا كلمت الناس"، فأمرته، فعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله ﷺ، فأمر بها فوضعت وجلس عليه"[٢].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: أن فعله عليه الصلاة والسلام من اتخاذه الخاتم، والمنبر دليل على جواز الاستصناع.

٥- الإجماع: فإن الناس يتعاملون بالاستصناع من عهد النبي ﷺ من غير نكير، والتعامل بهذ الصفة مندرج في قوله ﷺ:" لا تجتمع أمتي على ضلالة"[٣]،وهو إجماع عملي راجع إلى الإجماع السكوتي المتكرر، والذي يفيد القطع[٤].

٦- الاستحسان: القياس في الاستصناع أنه لا يجوز، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم، إلا أنه جوز استحساناً لأمرين[٥]:

أ- إجماع الناس على ذلك، فهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير.

ب- أن الحاجة تدعو إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، ونعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب اللباس، ح(٥٨٦٨)، مسلم، صحيح مسلم، كتاب اللباس، باب طرح الخواتيم، ح(٢٠٩٣).

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد، ح(٤٤٨).

(٣) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الفتن، باب السواد الأعظم، ح(٣٩٥٠).ضعفه النووي في شرح مسلم ج١٣ ص٦٧

(٤) السرخسي، المبسوط ١٢/ ١٣٨، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢، ابن الهمام، شرح فتح القدير٦/ ٢٤٢.

(٥) المصادر السابقة.

مصنوعاً، فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج.

الثاني: لا يجوز الاستصناع، إذا كان على غير وجه السلم، وبهذا قال جمهور الفقهاء المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وزفر من الحنفية[٤]. واستدلوا بما يلي:

١- أنه بيع معدوم لا على وجه السلم، والمعدوم لا يصح أن يكون محلاً للبيع.

٢- أنه من بيع ما ليس عنده، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، واستثني من السلم لثبوته نصاً، فلا يصح الاستصناع إلا على وجه السلم[٥].

٣- أنه من بيع الكالئ بالكالئ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ[٦].

الراجح هو القول الأول القائل بجواز عقد الاستصناع لقوة أدلته.

المطلب الثالث: حكمة مشروعية الاستصناع

الاستصناع شرع لسد حاجات الناس ومتطلباتهم، ويحقق مصلحة الطرفين، الصانع والمستصنع، نظراً لتطور الصناعات تطوراً كبيراً، فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر ويصنع من صناعة هي وفق الشروط التي وضع عليها المستصنع في المواصفات والمقايسات، والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته وفق ما يراه مناسباً لنفسه، وبدنه، وماله، واحتياجاته الفعلية، أما الموجود في السوق من المصنوعات السابقة الصنع فقد لا تسد حاجيات الإنسان، فلا بد من الذهاب إلى

---

(١) الحطاب، مواهب الجليل ٤/ ٥٣٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي٣/ ٢١٧، الصاوي، بلغة الصاوي ٢/ ١٠٣.

(٢) الشافعي، الأم ٣/ ١٣٤، الرملي، نهاية المحتاج ٤/ ٢١٢.

(٣) المرداوي، الإنصاف ١١/ ١٠٥، البهوتي، كشاف القناع ٣/ ١٦٥.

(٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤٣، الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ١٢٤.

(٥) المرداوي، الإنصاف ١١/ ١٠٥.

(٦) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، الحاكم، المستدرك، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الكالئ بالكالئ. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم.

من لديه الخبرة والابتكار[١].

المطلب الرابع: شروط عقد الاستصناع:

يشترط لعقد الاستصناع الشروط التالية:

١- أن يكون المستصنع فيه معلوماً: وذلك ببيان جنس المصنوع، ونوعه، وقدره، وصفته، وبكل ما يصير به معلوماً علماً لا يؤدي إلى نزاع، لأنه مبيع فلا بد أن يكون معلوماً، والعلم يحصل بهذه الأشياء[٢].

٢- أن يكون المستصنع فيه مما جرى فيه التعامل بين الناس باستصناعه: وذلك في ضوء العرف والعادات السائدة، كأثاث المنزل، والآلات، والمصوغات، والأحذية، فإن لم يكن مما جرى فيه تعامل الناس لا يصح الاستصناع، لأن ما لا تعامل فيه بين الناس يرجع فيه للقياس فيحمل على السلم ويأخذ حكمه، لأن التعامل دليل الحاجة. فلا يصح الاستصناع في المواد التي لم يجر التعامل بها استصناعاً كالمواد الصناعية الأولية، مثل ألواح الحديد وقضبانه، المنتوجات الكيميائية ونحوها من المصنوعات التي لا تختلف المواصفات فيها بشكل كبير، لأن الشركة تنتج هذه المواد ثم تعرضها للبيع، دون الحاجة إلى أن ترتبط بمشتر قبل التصنيع.

والمرجع في هذا الشرط إلى العرف، فما احتاج الناس إلى التعامل به استصناعاً فيجوز، وما لا يحتاجون إليه، فيتم التعاقد عليه سلماً، أو بيعاً. فالثياب لا يجوز فيها عقد الاستصناع عند الحنفية، لأنه لا يتعامل به في عصرهم[٣].

قال الإمام الكاساني رحمه الله تعالى: (ولا يجوز في الثياب، لأن القياس يأبى

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٤.

(٢) السرخسي، المبسوط ١٢/ ١٣٩، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٣٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٣٦.

جوازه، وإنما جوازه استحساناً لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب)[١].

أما الآن فإن الاستصناع في الثياب يجوز، لانتشاره عند الناس، فكثير من الناس لا يحضرون الأقمشة التي يرغبون في تفصيلها إلى الخياط، بل هو يتولى إحضار القماش وتفصيله.

٣- ألا يكون فيه أجل: فإذا ذكر الأجل[٢] صار سلماً، ويعتبر فيه شرائط السلم وأحكامه، لأن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً، فإذا ما حدد في الاستصناع أجل صار بمعنى السلم، وهذا عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف ومحمد فيجوز عندهما ضرب الأجل وعدم ضربه، لأن العرف جرى بضرب الأجل في الاستصناع، لأن القصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة من المستصنع، والاستصناع إنما جاز للتعامل، ومن مراعاة التعامل بين الناس ألا يتحول إلى السلم بوجود الأجل[٣].

المطلب الخامس: الفرق بين عقد الاستصناع وعقد البيع والسلم

أولاً: الفرق بين عقد الاستصناع وعقد البيع:

محل العقد في البيع هو: العين، أما في الاستصناع فمحل العقد: العين والعمل. أي يشترط العمل في عقد الاستصناع بخلاف البيع لا يشترط فيه العمل، والاستصناع عقد على بيع معدوم، شرع استحساناً، بينما عقد البيع مشروع بنص الكتاب والسنة والإجماع، وعقد الاستصناع يبطل بموت أحد المتعاقدين بخلاف البيع[٤].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣.

(٢) مراد الحنفية بالأجل عند إطلاقه هو شهر، والشهر يعتبر أقل أجل للسلم، فما كان دون الشهر فهو استصناع عند أبي حنيفة وصاحبيه، لأنه لا يصح أن يكون سلماً. انظر: السرخسي، المبسوط ١٢/ ١٤٠.

(٣) السرخسي، المبسوط ١٢/ ١٤٠، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣.

(٤) السرخسي، المبسوط ١٥/ ٨٤، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٨٤، البابرتي، شرح العناية٦/ ٢٤٣،

قال الإمام السرخسي رحمه الله تعالى: (اعلم بأن البيوع أربعة: بيع عين بثمن، وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم، وبيع عمل، العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها، فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع، فالمستصنع فيه مبيع عين)(١).

ثانياً: الفرق بين عقد الاستصناع وعقد السلم:

يتفق عقد الاستصناع مع عقد السلم في أمور هي:

١- يشترط في المعقود عليه: المسلم فيه في عقد السلم، والمستصنع في عقد الاستصناع العلم بجنسه، ونوعه، وقدره، وصفته، لأن كلاً منهما مبيع، والمبيع يشترط كونه معلوماً غير مجهول.

٢- يشترك الاستصناع والسلم في أن كلاً منهما بيع لشئ معدوم حال العقد، أجيز للحاجة إليه، وتعامل الناس به.

٣- عدم جواز اشتمال كلا العقدين على الربا.

٤- يشترط في العقدين العلم بالثمن جنساً، ونوعاً، وقدراً، وصفة، وإلا كان العقد فاسداً بسبب الجهالة(٢).

ويختلف عقد الاستصناع عن عقد السلم في أمور هي(٣):

١- عقد السلم عام بالمصنوع وغير المصنوع، بينما عقد الاستصناع خاص بما اشترط فيه الصنع، والشرط يقع على عمل في المستقبل، لا في الماضي.

---

(١) السرخسي، المبسوط ١٥/ ٨٤.

(٢) السرخسي، المبسوط ١٥/ ٨٤، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٨٤، الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ١٢٣، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٥/ ٣٦٥٢، النشوي، عقد الاستصناع، ص٣٦٠-٣٦١.

(٣) المصادر السابقة.

٢- المعقود عليه في السلم هو الشئ الموصوف في الذمة دون أن يشترك كونه من صنعته، أما الاستصناع فالصنعة شرط أساس فيه.

٣- يشترط في عقد السلم قبض الثمن في مجلس العقد، ولا يشترط قبضه في عقد الاستصناع، ويكتفي الناس عادة بدفع عربون، أو جزء من الثمن، ويؤخر الباقي لحين تسليم الشئ المصنوع.

٤- يبقى عقد السلم إذا رُد المسلم فيه، لعدم مطابقة الأوصاف المشروطة، ويبقى المسلم فيه ديناً في ذمة المسلم إليه، أما الرد لعدم مطابقة الأوصاف في الاستصناع، فيؤدي إلى فسخ العقد.

٥- يصح السلم فيما جرى به التعامل، أو لم يجر فيه التعامل، أما الاستصناع فيصح في كل ما جرى فيه التعامل فقط، ولا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه.

المطلب السادس: أحكام عقد الاستصناع

أولاً: الآثار المترتبة على عقد الاستصناع:

إذا انعقد الاستصناع مستوفياً لأركانه وشروطه، كان العقد صحيحاً، وتترتب عليه الآثار التالية(١):

١- أن يقوم الصانع بعمل الشئ المتسصنع حسب المواصفات المتفق عليها: فلا يصح أن يذهب الصانع إلى السوق ويشتري له شيئاً مصنوعاً، ولو كان موافقاً لما طلبه المستصنع، لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين.

٢- ثبوت ملك الصانع في الثمن المتفق عليه مع المستصنع، حيث إن الصانع بعد

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٦، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٢٤٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٢٣، القره داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، ص١٤٤، النشوى، عقد الاستصناع، ص ٤٧٤.

التعاقد على صنع المطلوب يكون ثمن المستصنع فيه حقاً له قبل المستصنع، لكنه لا يدخل في ملكه إلا بعد قبضه، ولا يحق له أن يطالب به المستصنع إلا بعد تسليم المستصنع فيه، إلا إذا كان هناك عرف بخلاف ذلك.

٣- ثبوت الملك للمستصنع في المبيع في ذمة الصانع، إن توافرت في المستصنع فيه كافة المواصفات المطلوبة، ورآه المستصنع ورضي به.

ثانياً: لزوم عقد الاستصناع وعدمه:

عقد الاستصناع بعد صدور الإيجاب والقبول، وقبل بدء العمل عقد غير لازم من الجانبين، فلكل من العاقدين: المستصنع والصانع فسخه، فهو كبيع شرط فيه خيار الشرط من الجانبين، لأن القياس يقتضي عدم جوازه، وإنما جوز استحساناً لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس(١).

وكذلك حكمه بعد إجراء العقد، وبعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع، يكون عقداً غير لازم، لأن العقد لم يقع على عين المعمول الحاضر، بل على العين المعدومة الموصوف نوعها في الذمة. ولهذا لو باع الصانع المستصنع فيه قبل رؤية المستصنع جاز.

وإذا احضر الصانع العين أمام المستصنع، وكان المصنوع مطابقاً للمواصفات المشروطة في العقد، لزم العقد من جانب الصانع وسقط خياره، وليس له الامتناع عن دفع المبيع، بل يجبر على ذلك. أما المستصنع فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، وإن وافقت أوصافه الأوصاف المتفق عليها، لأن له حكم المبيع، وهو اشترى ما لم يره، وله خيار الرؤية. وهذا ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد(٢).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٠، شرح مجلة الأحكام العدلية ١/ ٣٦١.

وروي عن أبي يوسف أن العقد لازم في حقهما[١]، ولا يثبت الخيار لواحد منهما إن جاء المصنوع على الصفة التي شرطها المستصنع. لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ:" المسلمون عند شروطهم"[٢]، ولأن في إثبات الخيار للمستصنع إضراراً بالصانع، لأنه قد أفسد متاعه بالقطع وغيره من الأعمال ليصل إلى بدله، فيلزم العقد دفعاً للضرر عنه، لقوله ﷺ:" لا ضرر ولا ضرار"[٣].

أما إذا أتى الصانع بالمصنوع على غير الصفة المشروطة، أو كان فيه عيب يضر بالقيمة، فإن المستصنع بالخيار.

ثالثاً: انتهاء عقد الاستصناع:

ينتهي عقد الاستصناع بما يلي:

١- موت أحد العاقدين لشبهه بالإجارة.

٢-تمام الصنع، وتسليم العين المصنوعة للمستصنع والمشتري وقبولها، ودفع ثمنها من قبل المستصنع للصانع.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ح(١٣٥٢)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح، ح(٢٣٥٣)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب البيوع، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ح(٢٣٤٠)، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ح(١١٣٨٤).الحديث حسن بمجموع طرقه.

المبحث الخامس

عقد الإجارة

المطلب الأول : تعريف الإجارة

أ- **الإجارة لغة** : مشتقة من الأجر وهو العوض ، ومنه قوله تعالى : ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: ٧٧]، ومنه سمي الثواب أجراً ؛ لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته أو صبره على مصيبته . وهي مشتقة من أجر يأجر ومنه الأجير والمستأجر وجمعه أجراء والاسم منه الإجارة .

والأجرة الكراء، تقول : استأجرت الرجل فهو يأجرني أي يصير أجيراً لي .

والفرق بين الأجر والأجرة والإجارة : أن الأجر هو ثواب الله على العمل الصالح ويشمل أيضاً ما يعطى للإنسان مقابل عمله .

أما الأجرة والإجارة فكلاهما لا يطلق إلا على جزاء عمل الإنسان للإنسان(١) .

ب- **الإجارة اصطلاحاً** : عرفت الإجارة بتعريفات مختلفة في الألفاظ متقاربة في المعاني ومن هذه التعريفات ما يلي :

تعريف الجرجاني : « الإجارة عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال »(٢) .

تعريف المالكية : « الإجارة بيع المنافع »(٣) .

تعريف الحنابلة : « الإجارة عقد معاوضة على تمليك منفعة بما يدل عرفاً »(٤) .

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، مادة (أجر) ، الزبيدي ، تاج العروس ، مادة (أجر) ، ابن قدامة : المغني ص ١٢٤٥ .

(٢) الجرجاني : التعريفات ، ص ١٣ .

(٣) ابن قدامة : المغني ، ص ١٢٤٥ ، ابن ضويان ، منار السبيل ١/ ٤١٣ .

(٤) الشيباني ، تبيين المسالك ٤/ ١٦١ .

قيود التعريف :

- خرج بقيد المعاوضة كل من الصدقة والهبة لأنهما بغير عوض .
- وبقيد المنفعة خرج البيع لأنه تمليك ذات بعوض[١] .

تعريف القانون :

عرف القانون المدني الاردني الإجارة في المادة (٦٥٨) بما يلي : «الايجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض » .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر بعض شروط عقد الإيجار ومنها تحديد المدة وتحديد مقدار الأجرة والأصل أن لاتذكر الشروط في التعريف؛ لأنه متعلق بماهية المعرف.

المطلب الثاني : مشروعية الإجارة

اتفق الفقهاء على مشروعية الإجارة وأن هذه المشروعية ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَبَتِ ٱسۡتَـٔۡجِرۡهُۖ إِنَّ خَيۡرَ مَنِ ٱسۡتَـٔۡجَرۡتَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡأَمِينُ ۝٢٦ ﴾ [القصص: ٢٦]، وقوله تعالى : ﴿ قَالَ لَوۡ شِئۡتَ لَتَّخَذۡتَ عَلَيۡهِ أَجۡرٗا ﴾ [الكهف: ٧٧]، وقوله تعالى : ﴿ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ ﴾ [الطلاق: ٦].

ومن السنة :

١ – ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : « ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم»، فقال أصحابه: وأنت، فقال: « نعم ، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»[٢] .

٢ – ما روي عن عائشة رضي الله عنه أنها قالت: واستأجر رسول الله وأبو بكر

---

(١) المرجع السابق ٤/ ١٦١ .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب الإجارة ، باب : رعي الغنم على قراريط، ح(٢٢٦٢) .

رجلاً من بني الديل هادياً خريتا وهو على دين كفار قريش[١] .

٣ – ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال:« قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره »[٢] .

ووجه الدلالة في هذه الآيات والأحاديث وغيرها من الآيات والأحاديث الواردة في هذا الموضوع أن الناظر فيها يدرك أنها دالة بوضوح على مشروعية الإجارة .

وأما دلالة الإجماع على مشروعية الإجارة فهي إنما كانت ولا زالت قائمة منذ عهد الصحابة إلى يومنا هذا من غير إنكار عليها ، يقول صاحب المغني : « وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبدالرحمن بن الأصم أنه قال : لايجوز ذلك لأنه غرر يعني أنه يعقد على منافع لم تخلق ، وهذا غلط لايمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار »[٣] .

ويستدل على مشروعية الإجارة من المعقول بأن العقود إنما شرعت لحاجة الناس والرفق بهم والتيسير عليهم ولاشك أن حاجة الناس إلى الإجارة قائمة لايستغنى عنها .

ثم إن الحاجة إلى المنافع بمنزلة الحاجة إلى الأعيان ولما كان العقد على الأعيان جائزاً فوجب أن يكون العقد على المنافع كذلك ، فالذي لايملك داراً للسكن يحتاج إلى استئجار دار والذي لايملك سيارة توصله من مكان إلى مكان بحاجة إلى استئجار سيارة ... » .

---

(١) صحيح البخاري ، كتاب الإجارة ، باب : استئجار المشركين عند الضرورة، ح(٢٢٦٣) .
(٢) صحيح البخاري ، كتاب الإجارة ، باب : إثم من منع أجر الأجير، ح(٢٢٧٠).
(٣) ابن قدامة ، المغني ، ص ١٢٤٥ ، الكاساني ، بدائع الصنائع ٤/ ١٧٤ .

المطلب الثالث : أركان وشروط عقد الإجارة

أركان عقد الإجارة أربعة :

١ – العاقدان :

أ– المؤجر أو وكيله

ب– المستأجر أو وكيله .

٢ – صيغة العقد : الإيجاب والقبول .

٣ – محل العقد : الشيء المتعاقد عليه (المنفعة) .

١ – العاقدان :

إن الشروط التي يجب أن تتوافر في العاقدين في كل العقود تكاد تكون واحدة ولعل أهمها :

أ)– أن يكون كل من المتعاقدين أهلاً لإجراء العقد ، وتمام الأهلية إنما يكون بالعقل والبلوغ وبدون تحقق هذا الشرط لاينعقد عقد الإجارة ولا غيره من العقود؛ لأن الأهلية من شروط انعقاد العقد .

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٦٥٩) على هذا الشرط « يشترط لانعقاد الإيجار أهلية المتعاقدين وقت العقد » .

ب)– أن يكون العاقدان أو من ينوب عنهما متمتعين بصفة تخولهما إجراء عقد الإجارة

وذلك بأن يكون المؤجر مالكاً للعين المؤجرة فيقوم بتأجيرها أو يوكل من يقوم بالتأجير وكذا الحال بالنسبة للمستأجر فإنه يستأجر لنفسه أو لمن وكله في الاستئجار .

فإن لم تتوافر فيهما هذه الصفة فإن عقد الإجارة يكون موقوفاً على إجازة صاحب العلاقة المباشر «لأنه تصرف فضولي » فإن أجازه نفد العقد لإن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وإن لم يجزه فسخ العقد .

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (٦٦٠) على هذا الشرط :

أ - « يلزم لنفاد عقد الإجار أن يكون المؤجر أو من ينوب عنه مالكاً حق التصرف فيما يؤجر » .

ب -وينعقد إيجار الفضولي موقوفاً على إجازة صاحب حق التصرف بشرائطها المعتبرة .

٢ - صيغة عقد الإجارة :

يشترط في صيغة عقد الإجارة التي يعبر عنها بالإيجاب والقبول ما يشترط في صيغة عقد البيع عدا شرط التوقيت فإنه يجب أن ينص عليه في عقد الإجارة خلافاً لعقد البيع ؛ لأن شرطه أن لايكون مؤقتاً[١] ، وعليه فإنه ينبغي أن يلاحظ في عقد الإجارة ما يلي :

أ - أن تذكر مدة الإجارة في العقد بوضوح سواء كانت يومية أو شهرية أو سنوية؛ لأن عدم التعيين جهالة مفضية للنزاع[٢] ، « ولاتجوز الإجارة ولا الكراء بالمجهول الذي يقل مرة ويكثر أخرى ولا في العمل غير المعلوم ولا إلى مدة غير معلومة »[٣] .

يقول العمراني : « وما قدر من الإجارة بالمدة فمن شرط المدة أن تكون معلومة

---

(١) القليصي ، علي أحمد ، فقه المعاملات المالية ١/ ٢١٠ .

(٢) الكاساني ، علاء الدين ، بدائع الصنائع ٤/ ١٨١ .

(٣) ابن عبدالبر ، يوسف بن عبدالله ، الكافي ٢/ ١٢٢ .

الابتداء والانتهاء »[١] .

وعلى ضرورة توقيت مدة الإجارة نص القانون المدني الأردني في المادة (٦٧١) : « يجب أن تكون مدة الإجارة معلومة » ونص في المادة (٦٦٩) على ما يلي : « تبدأ مدة الإيجار من التاريخ المتفق عليه في العقد فإن لم يحدد فمن تاريخ العقد » .

وما أخذ به القانون في هذه المادة مستمد مما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة يقول صاحب البدائع : « ولنا أن التعيين قد يكون نصاً وقد يكون دلالة وقد وجد هاهنا دلالة التعيين من وجهين أحدهما أن الإنسان إنما يعقد عقد الإجارة للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة ، والثاني أن العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد إلا بالصرف في الشهر الذي يعقب العقد فتعين»[٢] .

ويقول ابن رشد: « واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك : يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يكون استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهراً بكذا ولايذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة »[٣] .

ب – أن تتضمن صيغة عقد الإجارة مقدار الأجرة، وذلك ببيان نوعها ومقدارها حسماً للنزاع مستقبلاً .

فإن كانت الأجرة نقداً نص على مقداره وحمل على إطلاقه على غالب نقد البلد الذي جرى فيه العقد، وإن كانت الأجرة مكيلاً أو موزوناً فيجب بيان مقداره

---

(١) العمراني ، يحيى بن أبي الخير ، البيان ٧/ ٣٠٤ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ٤/ ١٨١ ، وانظر : ابن قدامة ، المغني ، ص ١٢٤٦ .

(٣) ابن رشد ، بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٠ .

وصفته ومكان الوفاء به إذا كان نقله يحتاج إلى مؤنة وإلا فلا[١] .

ومعرفة الأجر شرط لأن الإجارة عقد معاوضة فلابد من معرفة العوض الشأن في ذلك شأن الثمن في المبيع[٢] ، وقد ورد في موقوف على أبي سعيد الخدري قوله : « إذا استأجرت أجيراً فأعلمه أجره »[٣] .

هذا وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الشرط في المادة (٦٦٣) :

يشترط أن يكون بدل الإيجار معلوماً وذلك بتعيين نوعه ومقداره إن كان من النقود وبيان نوعه ووصفه وتحديد مقداره إن كان من غير النقود . ونص في المادة (٦٦٤) «٢-إذا كان بدل الإيجار مجهولاً جاز فسخ الإجارة ولزم أجر المثل عن المدة الماضية فبل الفسخ.)».

يقول ابن عبدالبر: «فإن كان ما اشترط من الأجرة مجهولاً وانعقد على ذلك الكراء فهو فاسد غير لازم، ويرجع فيما مضى من الكراء أو العمل إلى أجرة المثل»[٤].

٣ – محل العقد:

الذي عليه جمهور الفقهاء هو أن المنفعة هي محل العقد لأنها المقصود منه « لأن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد وذلك هو المنافع دون الأعيان ، ولأن الأجر في مقابلة المنفعة وبهذا تضمن دون العين وما كان العوض في مقابله فهو المعقود عليه»[٥] .

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ٤/ ١٣٤٩ ، طهماز ، عبدالحميد ، الفقه الحنفي في توبة الحديد ٤/ ٣٤٣ .

(٢) ابن ضويان ، منار السبيل ١/ ٤١٤ ، الأحسائي ، تبيين المسالك ٤/ ١٩٦ .

(٣) النسائي، سنن النسائي، كتاب المزارعة، ح(٣٨٨٨).

(٤) الهروي ، فتح باب العناية ٢/ ٤٢١ ، العمراني ، البيان ٧/ ٣٠٢ ، ابن قدامة ، المغني ، ص ١٢٤٥ .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، ص ١٢٤٥ .

وبرأي جمهور الفقهاء أخذ القانون حيث نصت المادة (٦٦١) على ما يلي : « المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة ويتحقق تسليمها بتسليم محلها » .

ولكي يكون محل عقد الإجارة سليماً لابد من توافر شروط فيه :

١ – أن تكون المنفعة معلومة :

والعلم بالمنفعة يتبع طبيعة عقد الإجارة، فمن استأجر بناء ينبغي أن يبين الغرض من الاستئجار هل هو للسكنى أم لإقامة مصنع أو نحو ذلك .

وإذا استأجر من يقوم بحراثة الأرض ينبغي أن تحدد هذه الأرض طولاً وعرضاً .

وإذا كان الاستئجار لنقل متاع فيجب أن يبين المكان الذي فيه المتاع والمكان الذي يراد النقل إليه ... إلخ[1] .

وعلى هذا الشرط نصت المادة (٦٦٢) من القانون المدني الأردني: يشترط في المنفعة المعقود عليها:

- أن تكون مقدورة الاستيفاء
- وأن تكون معلومة علماً كافياً لحسم النزاع .

يقول ابن رشد : « وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين إجارة منافع أعيان محسوسة ، وإجارة منافع في الذمة قياساً على البيع ، والذي في الذمة من شرطه الوصف ، والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات .

ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفى منافعه، وفي الشيء الذي تستوفى به منافعه فلا بُدَّ من وصف المركوب مثلاً والحمل الذي تستوفى

---

(١) طهماز ، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد ٤/ ٣٤٤، ابن ضويان ، منار السبيل ١/ ٤١٢ .

به منفعة المركوب »[1] .

٢ – أن تكون المنفعة مقدورة التسليم :

فلايجوز تأجير منفعة عين غير مملوكة لصاحبها إلا بوكالة سابقة أو إجازة لاحقة ، ولا يجوز تأجير عين مغصوبة لأن الغاصب لايملك العين[2] .

وقد نصت المادة (٦٦٢) من القانون المدني الأردني على هذا :

يشترط في المنفعة المعقود عليها .

١-أن تكون مقدورة الاستيفاء .

٢- أن تكون معلومة علماً كافياً حسماً للنزاع .

٣ – أن تكون المنفعة مباحة: فلاتجوز الإجارة على الأعمال المحرمة كالغناء والنياحة وبيع الخمر ... إلخ[3] .

٤ – أن لا يترتب على استيفاء المنفعة هلاك العين:

فلايصح استئجار الشمع للاستضاءة، ولايجوز استئجار الطعام لأكله، ولا الصابون للغسل به، ولا الماء للسقي به، ونحو ذلك؛ لأن الانتفاع بمثل هذا لا يتحقق إلا بهلاك الأعيان[4] .

جاء في تبيين المسالك ما يلي: « تفسد الإجارة إن تضمنت المنفعة استيفاء ذات قصداً كاستئجار نخلة لأكل ثمرتها أو شاة لشرب لبنها ؛ لأن المقصود إنما هو أكل

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٢ ، وانظر : العمراني ، البيان ٧/ ٣٠٧ .

(٢) ابن ضويان ، منار السبيل ١/ ٤١٦ .

(٣) العمراني ، البيان ٧/ ٢٨٨ .

(٤) القليصي ، أحمد ، المعاملات المالية ١/ ٢٤٢ ، طهماز ، الفقه الحنفي ٤/ ٣٤٩ .

الثمرة وشرب اللبن[١] .

المطلب الرابع : الآثار المترتبة على عقد الإجارة

الإجارة عقد ملزم لا يفسخ بغير مبرر ؛ لأنها عقد معاوضة[٢] .

وعليه فإن أهم الآثار المترتبة على عقد الإجارة تتمثل فيما يلي :

أولاً: تمكين المؤجر المستأجر من حقه في الانتفاع، وذلك بتسليم العين المؤجرة في الوقت المحدد ؛ لأن حق ثبوت تملك المنفعة قد ثبت للمستأجر بعقد الإجارة[٣].

وشرط التسليم في العين المؤجرة أن يكون كاملاً بحيث يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة، فإن كان المؤجر داراً فيجب أن تسلم خالية من المتاع وخالية من العيوب التي غالباً ما تكون في التمديدات الصحية من ماء وكهرباء ونحوها ، فإن كان في العين المؤجرة عيب مؤثر على الانتفاع ولم يعلم المستأجر به فإن له فسخ الإجارة بغير خلاف ؛ لأن الأصل في العقد السلامة من العيوب[٤] .

وقد نص القانون المدني الأردني على هذا الأثر في المادة (٧٦٣) :

١ - «على المؤجر تسليم الشيء المؤجر وتوابعه في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة » .

٢ - «ويتم التسليم بتمكين المستأجر من الشيء المؤجر دون مانع يعوق الانتفاع به مع بقائه في يده متصلاً حتى تنقضي مدة الإيجار» .

---

(١) الشيباني ، تبيين المسالك ٤/ ١٩٤ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ص ١٢٥١ ، ابن ضويان ، منار السبيل ١/ ٤١٩ ، الكاساني ، بدائع الصناع ٤/ ١٩٧، العمراني ، البيان ٧/ ٣٣٨ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ص ١٢٥٥، العمراني، البيان ٧/ ٣٤٠ .

(٤) ابن قدامة، المغني، ص ١٢٤٩، الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤٤٢، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٦٨ .

ثانياً : ثبوت حق المؤجر في تملك الأجر المسمى ، لأن عقد الإجارة عقد معاوضة يفيد الملك في العوضين .

والفقهاء وإن كانوا متفقين على حق المؤجر في استلام الأجر فإنهم مختلفون في وقت استحقاق الأجرة وهل تكون بمجرد العقد ، وهذا ما يقول به الشافعية والحنابلة[١] .

وأما الحنفية فإنهم يرون أن الأجرة لاتستحق بمجرد العقد ، وإن عقد الإجارة إذا خلا من شرط تعجيل الأجرة أو تأجيلها فإن الحكم يثبت في العوضين للمؤجر وقت ثبوت الملك للمستأجر في استيفاء المنفعة[٢] .

وقد فسر ابن عبدالبر هذه المسألة بقوله : « ويشترط في نقد الأجرة وقتاً معلوماً نحو أول الشهر أو آخره ... فإن لم يسميا وقتاً فالأجرة حالة يستحقها ربها بمضي ما ينقضي من المدة ، وكلما مضى يوم أو أكثر استحق صاحب الريع أجرة ما مضى إلا أن يكون هناك عرف شائع فيحملون عليه عدم الشرط »[٣] .

أقول : إن العرف اليوم قائم على النص في عقد الإجارة على مقدار الأجرة وكيفية استحقاقها فهي بالنسبة للعقارات إما أن تكون شهرية أو سنوية ، فإن كانت الأجرة معجلة وامتنع المستأجر عن سدادها جاز للمؤجر الامتناع عن تسليم العين المؤجرة .

هذا ما عليه العمل في القانون المدني الأردني حيث نصت المادة (٦٦٦) على ما يلي : « يصح اشتراط تعجيل الأجرة أو تأجيلها أو تقسيطها إلى أقساط تؤدي في أوقات معينة » .

ونصت المادة (٦٧٨) على ما يلي : « للمؤجر أن يمتنع عن تسليم الشيء المؤجر

---

(١) ابن قدامة ، المغني ، ص ١٢٤٩ ، الشربيني ، الخطيب ، مغني المحتاج ٢/ ٤٥٣ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ٤/ ٢٠١ .

(٣) ابن عبدالبر ، الكافي ٢/ ١٢٢ .

حتى يستوفي الأجر المعجل » .

ثالثاً : القيام بإصلاح العين المؤجرة إذا طرأ خلل يؤثر على انتفاع المستأجر ولا إرادة له فيه

يرى الفقهاء أن المؤجر يتولى إصلاح الخلل المؤثر على حق الاستئجار لكنه ليس ملزماً بهذا الإصلاح[١] ، وفي الوقت نفسه فإنهم يقررون حق المستأجر في فسخ عقد الإجارة إذا لم يرض بمثل هذا الخلل فإن رضي لزمته الأجرة كاملة لأنه رضي بالبقاء في العين المؤجرة ناقصة كما لو رضي المشتري بالمبيع معيباً[٢] .

وفي حالة رغبة المستأجر بالفسخ فإنه يدفع أجرة المدة السابقة على الفسخ نظراً لاستيفائه المنفعة، وإن بادر المؤجر بإرادته بإصلاح العين المؤجرة فعلى المستأجر البقاء، ولا خيار له في فسخ الإجارة كما يرى المالكية[٣] .

رأي القانون في صيانة العين المؤجرة :

نصت المادة (٧٨١) من القانون المدني الأردني على ما يلي :

١ - يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر فيه استيفاء المنفعة المقصودة فإن لم يفعل جاز للمستأجر فسخ العقد أو الحصول على إذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق بالقدر المتعارف عليه .

٢ - إذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر إصلاحه عرفاً من الأمور البسيطة أو المستعجلة التي لا تحتمل التأخير وطلب إليه المستأجر إصلاحه فتأخر أو تعذر

---

(١) الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٤٦، ابن قدامة، المغني، ص ١٢٥٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٦٩، طهماز ، الفقه الحنفي ٤/ ٤٠٤ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ص ١٢٥٥ .

(٣) الشيباني ، تبيين المسالك ٤/ ٢٤٦، وانظر كذلك: الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٤٩ .

الاتصال به جاز للمستأجر إصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المعروف من بدل الإيجار.

ويلاحظ على القانون أنه نص على إلزام المؤجر بإصلاح الخلل المؤثر في استيفاء المنفعة خلافاً لقول جمهور العلماء، وفي الوقت نفسه أعطى للمستأجر الخيار بين فسخ العقد وبين الحصول على إذن قضائي لإصلاح الخلل ومن ثم الرجوع على المؤجر بقيمة ما أنفق حسب المتعارف عليه.

ومن ناحية أخرى فإن القانون يرى أن الخلل إذا كان من الأمور التي يتحملها المؤجر عرفاً، وأن أمر إصلاحه يأخذ صفة الاستعجال فإن للمستأجر أن يبادر بالإصلاح ويحسم ما أنفقه من الأجرة المستحقة إذا كان قد طلب منه الإصلاح وتأخر في التنفيذ أو لم يستطع المستأجر الاتصال به لأي سبب من الأسباب.

وأرى في هذه المسألة أن العرف يلعب دوراً كبيراً في تحديد الخلل الذي يحصل في العين المؤجرة، وفي بيان الطرف الذي يتحمل مسؤولية إصلاحه وهل هو المؤجر أو المستأجر، هذا إذا لم ينص العقد على شيء مغاير لما عليه العرف.

٤ – وجوب محافظة المستأجر على العين المستأجرة وضمان إتلافها بالتعدي.

الذي عليه فقهاء المذاهب أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، وأن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي، ويكون ذلك في الحالات التالية[1]:

أ – التفريط في حفظ العين المؤجرة.

ب – التعمد في إتلاف العين المؤجرة.

ج – مخالفة المستأجر شرط المؤجر.

---

(١) الموسى، محمد إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي، ص ١١٥، الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٠٣.

يقول صاحب المغني: «والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها ... ولانعلم في هذا خلافاً ... لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منه فكانت أمانة »[١] .

وبما عليه الفقهاء أخذ القانون الأردني حيث نصت المادة (٦٩٢) من القانون المدني الأردني على ما يلي : «المأجور أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشيء عن تقصيره أو تعديه ، وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي » .

ونصت المادة (٦٩٣) من القانون نفسه على ما يلي :

١ - لايجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد » .

كما نصت المادة (٧٠٠) على ما يلي :

١ - على المستأجر رد الشيء المؤجر عند انقضاء مدة الإيجار إلى المؤجر بالحالة التي تسلمه بها » .

المطلب الخامس : انتهاء عقد الإجارة

الأصل أن الإجارة عقد معاوضة لازم ، لايجوز لأحد أطرافه القيام بفسخه أو إنهائه بإرادة منفردة شأنها في ذلك شأن البيع لكنها أي الإجارة كغيرها من العقود اللازمة تنتهي في الحالات التالية :

١ - انتهاء المدة المحددة في العقد إذا لم يوجد عذر كما لو كانت العين المستأجرة أرضا للزراعة وانتهت المدة ولم ينضج المحصول بعد، فإن المدة تستمر إلى حين

---

(١) ابن قدامة، المغني، ص ١٢٨٦، وانظر: الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤٣٣٩، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٧٥ .

النضج دفعاً للضرر ويلزم المستأجر في هذه المدة بأجرة المثل[١] .

٢ – هلاك العين المستأجرة: إن هلاك العين المستأجرة يؤدي إلى فوات محل العقد ، وهذا بدوره يؤدي إلى انعدام القدرة على استيفاء المنفعة المقصودة ولا بقاء للشيء بعد فوات محله[٢] .

٣ – موت العاقدين أو أحدهما عند الحنفية خلافاً لما عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فإن الموت لاينتهي معه عقد الإجارة بل يبقى لانتهاء مدته مثله مثل عقد البيع؛ لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، ولأن العقد لايفسخ بعذر في المستأجر مع سلامة المعقود عليه[٣] .

وللحنفية أن العين المستأجرة تنتقل بالموت من مالك إلى مالك فوجب أن يبطل العقد، فإن مات المؤجر فإن بقاء استيفاء المنفعة يكون من ملك غيره، وهذا خلاف مقتضى العقد وإن مات المستأجر فإن بقاء العقد يعني استيفاء الأجرة من مال غيره ، وهذا خلاف موجب العقد فلايصح.

٤ – الاتفاق على إنهاء عقد الإجارة: إذا اتفق المتعاقدان على إنهاء عقد الإجارة قبل انتهاء مدتها بالتراضي، فإن هذا الاتفاق يعد سبباً من أسباب انتهاء العقد[٤] .

والذي عليه القانون المدني الاردني هو ما يلي :

١ – أن عقد الإجارة ينتهي بانتهاء مدة العقد كما نصت المادة (٧٠٧) .

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣، القليصي ، علي ، فقه المعاملات المالية ١/ ٢٥٢ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣، ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٦، ابن ضويان ، منار السبيل ١/ ٤١٩ .

(٣) ابن قدامة، المغني، ص ١٢٥٩، ابن رشد ، بداية المجتهد ٤/ ١٣٥٦ ، الشربيني ، مغني المحتاج ٢/ ٤٨٢.

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٢، ابن عبدالبر ، الكافي ٢/ ١٢٦ .

٢ - أن القانون أخذ برأي جمهور الفقهاء القائل بأن موت أحد المتعاقدين لاينهي عقد الإجارة كما نصت المادة (٧٠٩)، لكن القانون كما جاء في الفقرة (٢) من المادة (٧٠٩) أجاز لورثة المستأجر طلب إنهاء العقد إذا أثبتوا أن أعباء العقد قد أصبحت بسبب وفاة مورثهم أثقل من أن تتحملها مواردهم أو تجاوز حدود حاجتهم.

المبحث السادس : عقد الجعالة

وتسمى المكافأة أو الوعد بالجائزة

المطلب الأول: تعرف الجعالة لغة واصطلاحا

أولاً: **الجعالة لغة**: مصدر جعل وهو بمعنى : صيَّر وأقبل وخَلَق وقالَ وشارط.[١]

ثانياً: **الْجَعَالَةُ اصطلاحا**: أما الجعالة"بفتح الجيم وكسرها وضمها" فقد عرفها :

أ-المالكية: قال ابن الحاجب: هي الإجارة على عمل مجهول النهاية [٢]

ب-الشافعية: قال الأنصاري: (الْتِزَامُ عِوَضٍ مَعْلُومٍ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ مَعْلُومٍ أَوْ مَجْهُولٍ عسر علمه)[٣][٤]

ج-الحنابلة : قال الحجاوي: (أن يجعل شيئا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما أو مجهولا مدة معلومة أو مجهولة) [٥]

ثالثاً: **صورة الجعالة** : أما الجعالة فهي كل عمل تكون الأجرة فيه مقدرة والعمل غير مقدر[٦] ومن صورها :المسابقات والسمسرة ،والمكافآت التي تعطى لأوائل الناجحين والجوائز، ورد الضالة ، وتحصيل الديون المعدومة ، ومشارطة الطبيب على البرء.

---

(١)الأزهري: تهذيب اللغة ١/ ٤٢٠.

(٢) ابن الحاجب : التوضيح٧/ ٢٣٦.

(٣) الشربيني: الاقناع٢/ ٣٥٣.

(٤) الأنصاري : اسنى المطالب ٢/ ٤٣٩.

(٥) الحجاوي: زاد المستقنع١/ ١٣٨.

(٦)القاضي عبد الوهاب : المعونة ص١١١٤.

المطلب الثاني: حكم الجعالة وأدلة مشروعيتها

أولا حكم الجعالة: اختلف الفقهاء في حكمها على قولين:

القول الأول: الإباحة عند المالكية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣] ويستدل لهم بما يلي:

١-قال تعالى: ﴿ قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾ ﴾ [يوسف: ٧٢].

وجه الاستدلال: إن تسمية أجرة لمن وجد المكيال المفقود له حمل بعير من الطعام وهذا العمل مجهول والأجرة محددة وهو عين الجعالة قال البيضاوي:(وفيه دليل على جواز الجعالة وضمان الجعل قبل تمام العمل)[٤] ولا يرد عليه أنه شرع لمن قبلنا لأن(شَرْعُ مَنْ قَبْلَنَا "شَرْعٌ لَنَا مَا لَمْ يُنْسَخْ" عِنْدَ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ)[٥].

٢-قوله تعالى: ﴿وَجَآءَ ٱلسَّحَرَةُ فِرۡعَوۡنَ قَالُوٓاْ إِنَّ لَنَا لَأَجۡرًا إِن كُنَّا نَحۡنُ ٱلۡغَٰلِبِينَ ﴿١١٣﴾ قَالَ نَعَمۡ وَإِنَّكُمۡ لَمِنَ ٱلۡمُقَرَّبِينَ ﴿١١٤﴾ ﴾ [الأعراف: ١١٣ – ١١٤] وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَآءَ ٱلسَّحَرَةُ قَالُواْ لِفِرۡعَوۡنَ أَئِنَّ لَنَا لَأَجۡرًا إِن كُنَّا نَحۡنُ ٱلۡغَٰلِبِينَ ﴿٤١﴾ قَالَ نَعَمۡ وَإِنَّكُمۡ إِذٗا لَّمِنَ ٱلۡمُقَرَّبِينَ﴾ [الشعراء: ٤١ – ٤٢].

وجه الاستدلال: قال الشوكاني: (وَالْأَجْرُ: الْجَائِزَةُ وَالْجُعْلُ، أَلْزَمُوا فِرْعَوْنَ أَنْ يَجْعَلَ لَهُمْ جُعْلًا إِنْ غَلَبُوا مُوسَى بِسِحْرِهِمْ.)[٦]

---

(١) القرافي : الذخيرة ٦/ ٦

(٢)البغوي: التهذيب٤/ ٥٦٤

(٣) البهوتي : الروض المربع٢/ ٤٥٥

(٤) البيضاوي: أنوار التنزيل٣/ ١٧١

(٥) ابن النجار: شرح الكوكب المنير ٤/ ٤١٢

(٦) الشوكاني : فتح القدير٢/ ٢٦٤

٣- قوله ﷺ:(مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ سَلَبُهُ)[١] وجه الاستدلال: السلب يقابل الأجر وهو مجهول والعمل مجهول أيضا فهذه صورة من صور الجعالة

٤- حديث أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، أَنَّ نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ كَانُوا فِي سَفَرٍ، فَمَرُّوا بِحَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ، فَاسْتَضَافُوهُمْ فَلَمْ يُضِيفُوهُمْ، فَقَالُوا لَهُمْ: هَلْ فِيكُمْ رَاقٍ؟ فَإِنَّ سَيِّدَ الْحَيِّ لَدِيغٌ أَوْ مُصَابٌ، فَقَالَ رَجُلٌ مِنْهُمْ: نَعَمْ، فَأَتَاهُ فَرَقَاهُ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ، فَبَرَأَ الرَّجُلُ، فَأُعْطِيَ قَطِيعًا مِنْ غَنَمٍ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهَا، وَقَالَ: حَتَّى أَذْكُرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ وَاللهِ مَا رَقَيْتُ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ فَتَبَسَّمَ وَقَالَ: «وَمَا أَدْرَاكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ؟» ثُمَّ قَالَ: «خُذُوا مِنْهُمْ، وَاضْرِبُوا لِي بِسَهْمٍ مَعَكُمْ»[٢]قال النفراوي: (فَإِنَّ هَذَا يَقْتَضِي أَنَّ مَا أَخَذُوهُ فِي نَظِيرِ الرُّقْيَةِ لَا الضِّيَافَةِ،وَقَدْ مَضَى عَمَلُ الْمُسْلِمِينَ عَلَى ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْأَقْطَارِ عَلَى تَوَالِي الْأَعْصَارِ)[٣]

٥-قوله ﷺ- يومَ بدرٍ: "مَن فَعَلَ كذا وكذا فلَهُ من النَّفَلِ كذا وكذا"[٤] وجه الاستدلال: الأجر معلوم والعمل غير مقدر فهو عين الجعالة

ومن المعقول: يستدل لهم بما يلي:

أ- قياسا على المضاربة : فإنه تسومح فيها عن جهالة العمل فكذلك الجعالة قال الشيرازي: (ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة)[٥].

---

(١) البخاري : الصحيح ٤/ ٩٢كتاب فرض الخمس ، بَابُ مَنْ لَمْ يُخَمِّسِ الأَسْلاَبَ، وَمَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُخَمَّسَ، وَحُكْمِ الإِمَامِ فِيهِ ح (٣١٤٢).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم ، الصحيح ٤/ ١٧٢٧كتاب السلام باب جَوَازِ أَخْذِ الْأُجْرَةِ عَلَى الرُّقْيَةِ بِالْقُرْآنِ وَالْأَذْكَارِ ح(٦٥/ ٢٢٠١).

(٣)النفراوي : الفواكه الدواني٢/ ١١١ .

(٤) أبو داود : السنن٤/ ٣٧٠ كتاب الجهاد باب في النفل ح(٢٧٣٧)وقال الأرنؤوط :إسناده صحيح.

(٥)الشيرازي: المهذب٢/ ٢٧٢.

ب- قياسا على المساقاة قال القرافي: (وَلِمُسَاقَاتِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَهل خَيْبَرَ[١] وَهِيَ جَعَالَةٌ لأَن المساقي إِن كمّل أَخذه وإِلا فَلَا شَيْء لَهُ)[٢].

وحكمة مشروعية الجعالة :

١- الرفق ودفع الحاجة[٣].

٢- صيانة المال من الضياع[٤].

القول الثاني: التحريم و هو قول الحنفية[٥] باستثناء رد العبد الآبق ،ويستدل لهم بما يلي:

١-هذا نوع من القمار قال السرخسي: (لَوْ قَالَ: مَنْ رَدَّهُ فَلَهُ كَذَا وَلَمْ يُخَاطِبْ بِهِ قَوْمًا بِأَعْيَانِهِمْ فَرَدَّهُ أَحَدُهُمْ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا، ثُمَّ هَذَا تَعْلِيقُ اسْتِحْقَاقِ الْمَالِ بِالْخَطَرِ وَهُوَ قِمَارٌ، وَالْقِمَارُ حَرَامٌ فِي شَرِيعَتِنَا، وَلَمْ يَكُنْ حَرَامًا فِي شَرِيعَةِ مَنْ قَبْلَنَا.)[٦]

٢-جهالة المعقود عليه قال السرخسي: (لِأَنَّ الْعَقْدَ مَعَ الْمَجْهُولِ لَا يَنْعَقِدُ، وَبِدُونِ الْقَبُولِ كَذَلِكَ)[٧] والقول بأنه قمار يصح لو استحق العامل الجعل دون عمل لكنه عند الجمهور لا يستحقه الا بالعمل. والرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن الغرر في القمار منشؤه العقد ولأن الجعالة أصل مستقل وليست فرع عن الإجارة.

(١) حديث: بْدِ الله رَضِيَ الله عَنْهُ، قَالَ: " أَعْطَى النَّبِيُّ ﷺ خَيْبَرَ اليَهُودَ: أَنْ يَعْمَلُوهَا وَيَزْرَعُوهَا، وَلَهُمْ شَطْرُ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا " البخاري: الصحيح٥/ ١٤٠كتاب المغازي بَابُ مُعَامَلَةِ النَّبِيِّ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ حديث (٤٢٤٨).

(٢) القرافي : الذخيرة ٦/ ٦.

(٣) الزبيدي: توضيح الاحكام٣/ ١٦٧.

(٤) مصطفى : عقد الجعالة.

(٥)السرخسي : المبسوط١١/ ١٨.

(٦) السرخسي : المبسوط١١/ ١٨.

(٧) السرخسي : المبسوط١١/ ١٨.

المطلب الثالث: أركان الجعالة وصفتها

أركان الجعالة: أربعة وهي:

١-العاقدان وهما الملتزم بالجعل والعامل ويشترط في الملتزم بالجعل: أن يكون عاقلا بالغا رشيدا مختارا، وأما شروط العامل فهي شروط الملتزم السابقة عند المالكية لكن الشافعية والحنابلة لم يشترطوا في العامل غير المعين شيئا، واشترطوا في المعين القدرة على العمل فلا تصح من ضعيف أو عاجز(١)

٢-العمل(المحل) يصح على كل عمل مجهول يتعذر ضبطه ووصفه ويصح على المعلوم أيضا ويشترط أن تكون فيه مشقة عند الشافعية والحنابلة ولا يشترط فيه تأقيت بوقت محدد عند المالكية والشافعية(٢) وَأَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا يَلْزَمُ الْمَجْعُولَ لَهُ عَمَلُهُ ،وَلَيْسَ فِيه مَنْفَعَةٌ لِلْجَاعِلِ إلَّا بِتَمَامِ الْعَمَلِ عند المالكية(٣).

٣-الجعل: ويسمى الأجر والعوض ويشترط فيه أن يكون مالاً معلوماً قدراً وجنساً وأن يكون حلالاً مقدوراً على تسليمه ويستثنى السلب في الحرب فيجوز أن يكون مجهولاً (٤).

٤-الصيغة: تصح بأي صيغة دالَّة عَلى الإذْن في العمل بعَوَضٍ يلتزمه (٥) وتنعقد بالارادة المنفردة فلا يشترط القبول.

أما صفة عقد الجعالة: فعقد الجعالة عقد جائز وينقلب إلى لازم بعد تمام العمل(٦).

---

(١) الخرشي: شرح مختصر خليل ٥/ ٩٠، أبو زرعة: تحرير الفتاوى٢/ ٣٨٦، البهوتي: الروض المربع ٢/ ٤٥٥.

(٢) القرافي: الذخيرة ٦/ ٨، أبو زرعة: تحرير الفتاوى٢/ ٣٨٦، البهوتي: الروض المربع ٢/ ٤٥٥.

(٣) القرافي: الذخيرة ٦/ ٨، الحطاب: مواهب الجليل٥/ ٤٥٥.

(٤) القرافي: الذخيرة ٧/ ٥٩٥، أبو زرعة: تحرير الفتاوى٢/ ، البهوتي: الروض المربع ٢/ ٤٥٥٣٨٦.

(٥) انظر : الرافعي : العزيز شرح الوجيز٦/ ١٩٦.

(٦) القرافي: الذخيرة ٦/ ١٨، أبو زرعة: تحرير الفتاوى٢/ ٣٩١، البهوتي: الروض المربع ٢/ ٤٥٥.

المطلب الرابع: انحلال عقد الجعالة

ينحل عقد الجعالة بالإرادة المنفردة ويسمى في القانون بالفسخ سواء من جهة أي من المتعاقدين وتنحل بأمر طارئ ويسمى الإنفساخ بعدة أسباب منها:

١-موت أحد المتعاقدين.

٢- جنون أحد المتعاقدين جنوناً مطبقاً.

٣- اغماء أحد المتعاقدين .

٤- هلاك المعقود عليه[١].

المطلب الخامس: الفرق بين الإجارة والجعالة

إن الإجارة والجعالة متفقتان في الصورة فكلاهما عقد على منفعة ولكنهما مختلفان في الحكم مما أوجد الفروق التالية بينهما[٢]:

١) الجعالة عقد جائز، ولا يكون لازمًا إلا بتمام العمل على الصحيح، بخلاف الإجارة فهي عقد لازم ليس لأحد المتعاقدين الفسخ إلا بالتراضي.[٣]

٢) يشترط في الإجارة تعيين العامل، فلا تصح مع جهالة الأجير، بخلاف الجعالة فتصح مع إبهام العامل، كان يقول: من رد مالي فله كذا.[٤]

٣) تصح الجعالة على عمل مجهول، بينما يشترط في الإجارة معلومية العمل[٥]

---

(١)الزرقاني : شرح الزرقاني على مختصر خليل٧/ ١١٥، الأنصاري : الغرر البهية٣/ ٣٥١.

(٢) السعد : فقه المعاملات١/ ١٦١، الدبيان: المعاملات المعاصرة أصالة ومعاصرة١٠/ ٣٣.

(٣) القرافي: الفروق ٤/ ١٢، ١٣. الأسيوطي: جواهر العقود (١/ ٣٢٨)، ابن قدامة : المغني ٦/ ٩٤-٩٥.
القرافي: الفروق ٤/ ١٢، ١٣.

(٤)القرافي: الفروق ٤/ ١٢، ١٣. الأسيوطي: جواهر العقود (١/ ٣٢٨)، ابن قدامة: المغني ٦/ ٩٤-٩٥.

(٥) القرافي: الفروق ٤/ ١٢، ١٣. الأسيوطي: جواهر العقود (١/ ٣٢٨)، ابن قدامة : المغني ٦/ ٩٤-٩٥.

٤) يشترط في الإجارة أن تكون مدة العمل معلومة، بينما لا يشترط في الجعالة معرفة مدة العمل.[١]

٥) لا يستحق العامل الجعل في الجعالة إلا بتمام العمل، خلافا للإجارة فيستحق الأجر على قدر العمل إلا إذا شارطه على الإتمام.

٦) لا يشترط في عقد الجعالة قبول العامل، وإن كان العامل معينًا، فمن سمع النداء من الجاعل أو علم به، فله أن يباشر العمل دون أن يتلفظ بالقبول، وأما في عقد الإجارة فلا تنعقد إلا بالقبول المطابق للإيجاب كالبيع[٢]

المطلب السادس: الجعالة في القانون المدني الأردني

نظم القانون المدني الأردني أحكام الجعالة تحت مسمى الوعد بالجائزة في عدة مواد :

- **المادة ٢٥٥:**

١- من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلا التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة.

٢- واذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الوعد.

---

(١) القرافي: الفروق ٤/ ١٢، ١٣. الأسيوطي: جواهر العقود (١/ ٣٢٨)، ابن قدامة : المغني ٦/ ٩٤-٩٥ .

(٢) القرافي: الفروق ٤/ ١٢، ١٣. الأسيوطي: جواهر العقود (١/ ٣٢٨)، ابن قدامة : المغني ٦/ ٩٤-٩٥.

المبحث السابع

عقد الشفعة

تمهيد:

تعد الشفعة من الدلالات الواضحة على واقعية الإسلام في تشريعاته، كما تعد وسيلة من وسائل دفع الضرر في حالة معينة، ويمكن إدراجها تحت قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان" لأن هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه(١).

والشفعة كغيرها من الأحكام - وإن كان هناك اتفاق على ثبوتها - إلا أنه قد جرى فيمن يستحقها خلاف بين الفقهاء، فهل هي حق يثبت للشريك أم أنها حق يثبت للجار كما يثبت للشريك.

وسبب الخلاف عائد إلى ورود أحاديث متعددة في الشفعة لكل في فهمها وتأويلها شرعة منهاج.

المطلب الأول: تعريف الشفعة

أ- **الشفعة لغة**: مأخوذة من الشفع، خلاف الوتر، وهو الزوج، تقول كان وتراً فشفعته شفعاً.

والشفعة تعني الضم لأن الشفيع يضم المشفوع فيه إلى ملكه.

والشفعة مشتقة من الزيادة لأن الشفيع بشفعته يزيد ما عنده.

والشفعة في الدار والأرض القضاء بها لصاحبها(٢).

---

(١) الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام ٢/ ٩٨١.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، الفيروز أبادي، القاموس المحيط مادة شفع.

ب- الشفعة اصطلاحاً:

جاء تعريف الشفعة عند الفقهاء على النحو التالي:

تعريف الحنفية:

عرف الحنفية الشفعة بأنها "حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار"[(١)] وعرفت عند بعضهم بأنها "تملك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه"[(٢)].

وقد رجح صاحب تكملة فتح القدير التعريف الأول بعد أن وجه نقداً للتعريف الثاني بقوله: "إن الشفعة لو كانت تعني التملك نفسه فإنه لا وجه لقول الفقهاء إنها تثبت بعقد البيع، وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم.

ومن ناحية أخرى فإن المقصود من طلب الشفعة هو الوصول إلى تملك العقار ولو كانت تعني التملك نفسه، فإنه لا محل لجواز طلبها لأن حكم الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه[(٣)].

ويلاحظ على التعريف الأول بيانه لمحل الشفعة وهو العقار وبيانه للعلة العلة وهي دفع الضرر وهذا أمر خارج عن التعريف فليس شرطاً في الشفعة أن تكون دافعة للضرر.

تعريف المالكية:

عرف ابن الحاجب الشفعة بأنها "أخذ الشريك حصة شريكه جبراً شراءً"[(٤)].

---

(١) قاضي زاده، تكملة فتح القدير ٩/ ٣٦٩.

(٢) المرجع السابق ٩/ ٣٦٩.

(٣) قاضي زاده، تكملة فتح القدير ٩/ ٦٣٩.

(٤) أبو زيد القيرواني، كفاية الطالب الرباني ٢/ ٢٣٨.

قيد الشفعة بالشريك فلا شفعة للجار.

وعرفها صاحب الشرح الصغير بأنها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة[١].

تعريف الشافعية:

عرفت الشفعة عند الشافعية بأنها "حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر"[٢].

تعريف الحنابلة:

عرفت الشفعة عند الحنابلة بأنها «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه»[٣].

والذي يلاحظ على هذه التعريفات ما يلي:

١-أن الحنفية أثبتوا الشفعة للجار والشريك.

٢-أن جمهور الفقهاء أثبتوا الشفعة للشريك فقط ولم يثبتوها للجار.

٣-أن الشفعة تكون في العقار ولا تكون في المنقول.

٤-أنها تثبت للجار أو الشريك جبراً دون إرادة البائع.

٥-أن الحنفية والشافعية ذكروا العلة في الشفعة وهي دفع الضرر والأصل أن لا يرد مثل هذا القيد في التعريف لأن الضرر غير محقق الوقوع.

٦-أن تعريف المالكية قد بين بوضوح إن الشفعة لا تثبت إذا انتقل العقار بهبة

---

(١) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣/ ٦٣٩.

(٢) الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج ٧/ ١٨٧.

(٣) ابن قدامة، المغني ٥/ ٣٠٧.

أو وصية أو صدقة وهذا ما يقول به الفقهاء الآخرون وإن لم ينصوا عليه في التعريف – لأنهم ذكروه في شروط الشفعة[1].

تعريف مجلة الأحكام العدلية:ورد تعريف الشفعة في المادة ٥٩ من مجلة الأحكام حيث نصت على ما يلي:

«الشفعة هي تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذي قام على المشتري» وكان من الأولى أن تضاف كلمة (حق) قبل (تملك) لتعرف الشفعة بأنها حق تملك الملك...الخ، لأن الشفعة في الحقيقة هي حق التملك وليس التملك نفسه.. ولعل شارح المجلة قد تنبه إلى ذلك حيث عرف الشفعة شرعاً بأنها «حق تملك العقار أو ما كان في حكم العقار من الملك المشترى بمقدار الثمن الذي قام على المشتري».

تعريف الشفعة في القانون المدني الأردني:

ورد تعريف الشفعة في القانون المدني الأردني في المادة (١١٥٠) على النحو التالي «المادة (١١٥٠): الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات».

ويلاحظ أن القانون الأردني قد حصر الشفعة في الشريك أخذاً بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهذا ما نص عليه في المادة (١١٥١) التي بينت أنه « يثبت الحق في الشفعة للشريك في المال غير المنقول .) وألغيت المادة (١١٥٢).

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٥، الشربيني، الخطيب، مغنى المحتاج ٢/ ٣٠٤.

المطلب الثاني: مشروعية الشفعة

مشروعية الشفعة ثابتة بالسنة والإجماع وقد وردت فيها أحاديث منها ما يلي:

١- ما رواه جابر بن عبد الله بقوله (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)(١).

٢-ما رواه جابر بن عبد الله بقوله (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم: ربعة أو حائط، لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باعها ولم يؤذنه فهو أحق به)(٢).

٣-ما رواه عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار؟ فقال: الجار أحق بسقبه)(٣).

٤- ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ (جار الدار أحق بالدار)(٤) والشاهد في هذه الأحاديث أنها دالة بوضوح على مشروعية الشفعة.

وإضافة إلى ثبوت الشفعة بالسنة فإنها ثابتة بإجماع أهل العلم على خلاف بينهم فيمن تكون له الشفعة.

وفي هذا يقول صاحب المغني « ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم فإنه قال لا تثبت الشفعة.. وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله»(٥).

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، ح(٢٢٥٧).

(٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، ح(١٦٠٨).

(٣) سنن النسائي، كتاب البيوع، ذكر الشفعة وأحكامها، ح(٤٧٠٧).

(٤) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة، ح(١٣٦٨)، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٥) ابن قدامة، المغني ٥/ ٣٠٨.

المطلب الثالث: أسباب الشفعة

الفقهاء مجمعون على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ومختلفون في ثبوتها لغيره.

فالذي عليه الحنفية أن ثبوت الشفعة يعود إلى سببين الشركة والجوار والشركة عندهم نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كحق الشرب وحق الطريق.

وهذا ما ذهب إليه النخعي، وشريح القاضي، والثوري، والحسن البصري وغيرهم[١].

ويقدم في الشفعة عند الحنفية أقوى الأسباب إذا اجتمعت فالشريك يقدم على الخليط والخليط يقدم على الجار[٢].

والذي عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن حق الشفعة لا يثبت إلا لسبب واحد وهو الشركة في ملك المبيع فلا تثبت الشفعة لجار ولا لمخالط. وقد نقل هذا القول عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وهو ما ذهب إليه الأوزاعي والليث وأبو ثور والزهري وغيرهم[٣].

وبهذا الرأي أخذ القانون المدني الأردني:

أ- أدلة الحنفية:

استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بأدلة من السنة والمعقول.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١١، البناية على الهداية ١٠/ ٣٢٠، شرح النووي عل صحيح مسلم ١١/ ٤٦، السهارنفوري، بذل المجهود شرح سنن أبي داود ١٥/ ١٩٨٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١١.

(٣) الشربيني، الخطيب، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٠، ابن عبد البر، الكافي ٢/ ٢٤٢، ابن ضويان، منار السبيل ١/ ٤٤٢، الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٣٣١.

١- أدلتهم من السنة:

ما رواه عمرو بن الشريد قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ، فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله ما أبتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعنهما، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة فقال أبو رافع: لقد أعطيت فيهما خمسمئة دينار، ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول الجار أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى ببها خمسمئة دينار، فأعطاها إياه(١).

٢-ما رواه عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: (الجار أحق بسقبه ينتظر به وإن كان طريقهما واحداً)(٢).

٣- ما رواه جابر بقوله (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة والجوار)(٣).

٤- عن عمر بن الشريد عن أبي قال: قلت يا رسول الله، أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار قال: الجار أحق بسقبه)(٤).

ووجه الدلالة في هذه الأحاديث أنها تثبت حق الشفعة للجار وللشريك المخالط.

٢-من المعقول:

استدل الحنفية على ثبوت حق الشفعة للجار من المعقول بأن الشفعة لم تثبت لكون العقار مسكناً وإنما ثبتت لدفع ضرر القادم الجديد، لا لضرر مؤونة القسمة، وإن تعليل ثبوتها بدفع ضرر القسمة غير سديد لأن القسمة في ذاتها مشروعة، وليست بضرر فما من شركة إلا ومصيرها إلى القسمة، لأن الإنسان ميال بطبعه إلى

---

(١) الساعاتي، أحمد البنا، الفتح الرباني ١٥/ ١٥٣.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الشفعة، ح(٣٥١٦).

(٣) النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، ذكر الشفعة وأحكامها، ح(٤٧٠٩).

(٤) سبق تخريجه، ص(١٧٥).

الاستقلال بأمواله، وإذا كان الأمر كذلك فإن ضرر المشتري الجديد متوقع الحصول عند المجاورة، والجار يضيق ذرعاً بسوء طباع جاره خاصة إذا كان يضاده، وقد قيل إن أضيق السجون معاشرة الأضداد، وعليه فإن الشفعة تثبت للجار لدفع مثل هذا الضرر[١].

ب- أدلة جمهور الفقهاء:

استدل جمهور الفقهاء الذي قالوا بثبوت حق الشفعة للشريك في الملك دون الجار والمخالط بأدلة من السنة والمعقول منها ما يلي:

١-الأدلة من السنة:

أ- ما رواه جابر بن عبد الله بقوله (إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)[٢].

ب- ما رواه أبو هريرة بقوله: قال رسول الله ﷺ (إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها)[٣].

ج- ما رواه الزهري عن أبي سلمة أن رسول الله ﷺ قال (الشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة)[٤].

ووجه الدلالة في هذه الأحاديث أنها بظاهرها دلت على أن الشفعة للشريك الذي لم يقاسم وأن هذا الحق الممنوح للشريك يزول بزوال سببه وهو الشركة (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) أي إذا قسمت وبانت الحدود واتضحت المعالم،

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق ٦/ ٢٤٠، الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٨.

(٢) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الشفعة ح(٣٥١٤).

(٣) المرجع السابق كتاب الإجارة، باب في الشفعة، ح(٣٥١٥).

(٤) النسائي، سنن النسائي، كتاب البيوع، ذكر الشفعة وأحكامها، ح(٤٧٠٨).أحمد ،المسند ٢٢/ ٦٢ حديث رقم (١٤١٥٧)وقال الأرنؤوط:اسناده صحيح على شرط الشيخين.

وأصبح نصيب كل شريك مستقلاً معروفاً فلا شفعة.

٢- أدلة المعقول:

استدل الذين لم يثبتوا حق الشفعة للجار من المعقول بقولهم:

أ- إن الشفعة لم تجب بظاهر الأحاديث للشريك الذي قاسم وقد أصبح جاراً بعد المقاسمة فمن باب أولى أنها لا تثبت للجار الذي لم يكن شريكاً من قبل[1].

ب- لقد شرعت الشفعة للشريك دفعاً للضرر الحاصل ووجه ذلك أنه في حالة عدم إثبات الشفعة للشريك فإنه سيضطر إلى المقاسمة وهذا أمر يدخل عليه الضرر نتيجة لنقصان ملكه، ثم أنه يحتاج إلى إحداث مرافق جديدة، بعد أن كانت المرافق واحدة، وهذا يسبب له مزيداً من الكلفة، وهذه العلة خاصة بالشريك دون الجار[2].

المطلب الرابع: شروط الشفعة

لكي يثبت حق الشفعة لا بد من توافر شروط عدة من أهمها ما يلي:-

١- أن يكون المبيع عقاراً فلا شفعة في المنقول لما رواه جابر بقوله قال رسول الله ﷺ: الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط[3]، ولأن الشفعة ما وجبت إلا لدفع أذى الدخيل الجديد، وضرره على سبيل الدوام لا يتحقق إلا في العقار.

ويلحق بالعقار ما كان تابعاً له من بناء أو غراس.

وقد علل الحنفية إلحاق البناء والغراس والزرع والثمر بالعقار بقولهم «وهذا استحسان والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة، وجه القياس أن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وإنه يثبت في العقار لا

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٧٥.

(٢) ابن قدامة، المغني ٧/ ٣٠٦، الشيرازي، المهذب ١/ ٤٩٥.

(٣) أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب في الشفعة، ح(٣٥١٣).قال الألباني: صحيح.

في المنقول، وهذه الأشياء منقولة لم يثبت فيها الحق، فلا تتملك بالشفعة، وخاصة الزرع والثمر لأنهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعاً»(١).

ولا يشترط في العقار عند الحنفية وفي المشهور عند الإمام مالك أن يكون قابلاً للقسمة خلافاً لما عليه الشافعية والحنابلة والمالكية في قول حيث يشترطون لثبوت حق الشفعة أن يكون العقار قابلاً للقسمة(٢).

وبهذا الرأي أخذ القانون الأردني حيث اشترط في المشفوع فيه أن يكون عقاراً قابلاً للقسمة كما نصت المادة "١١٥٩".

٢- أن يكون انتقال العقار من المالك إلى المشتري قد تم بعقد معاوضة أو ما في معناه كالصلح على مال وهذا شرط محل اتفاق بين الفقهاء، فلا يثبت حق الشفعة في العقار الذي انتقل بغير عوض كالميراث والوصية والهبة، والصدقة (لأن الأخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما ملك فإذا انعدم معنى المعاوضة فإن أخذ الشفيع إما أن يكون بالقيمة وإما أن يكون مجاناً ولا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل إلى الثاني لأن الحد على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلاً)(٣).

وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني حيث نصت المادة ١١٥٩ على أنه لا شفعة "فيما ملك بهبة بلا عوض أو صدقة أو إرث أو وصية".

٣- زوال ملك البائع عن المبيع: لا يثبت حق الشفعة إلا إذا انتقل العقار المبيع

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٤٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٥، ابن عبد البر، الكافي ٢/ ٢٣٨، الشربيني، ٢/ ٤١٣، ابن ضويان، منار السبيل ١/ ٤٤٢، ابن قدامة، المغني ١/ ١١٩٦.

(٣) المراجع السابقة.

إلى ملك المشتري لأن الشفيع يملك العقار المبيع على المشتري بمثل ما ملك به فإذا لم يدخل المبيع في ملك المشتري استحال تملكه وبالتالي يستحيل تملك الشفيع وعليه فإن الشفعة لا تثبت في المبيع بشرط خيار البائع لأن خياره يمنع زوال ملكه[١] لأن البيع مع شرط الخيار غير لازم[٢].

٤- ملكية العقار المشفوع به: يشترط في العقار المشفوع به أن يكون مملوكاً للشفيع وقت الشراء "لأن سبب استحقاق الشفعة جوار الملك" والسبب إنما ينعقد سبباً عند وجود الشرط، والانعقاد أمر زائد على الوجود، فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً... لأنه زال ملكه عنها لا إلى أحد"[٣].

هذا وقد ذكر صاحب منار السبيل أن شرطاً من شروط الشفعة هو سبق ملك الشفيع لرقبة العقار وذلك بأن يكون مالكاً لجزء منه قبل البيع لأن الشفعة تثبت لدفع الضرر عن الشريك، فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه[٤].

وبشرط ملكية الشفيع للعقار لكي يثبت له حق الشفعة؛ أخذ القانون المدني الأردني حيث نصت المادة ١١٥٧ على ما يلي:-

«يشترط في العقار المشفوع به أن يكون مملوكاً للشفيع وقت شراء المشفوع فيه»

٥- عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه: لكي يثبت حق الشفعة للشفيع يتوجب عليه أن يظهر عدم الرضا بالبيع الذي تم، لأن حق الشفعة إنما وجب دفعاً للضرر

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٨، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٥/ ٢٠، وانظر الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٣.

(٤) ابن ضويان ١/ ٤٤٥.

المتوقع حصوله بحلول المشتري الجديد فإن رضي الشفيع بالشراء فقد رضي بضرر الجوار أو الشركة فسقط حقه في الشفعة.

والرضا يكون صريحاً بالسكوت عن المطالبة بالشفعة مع العلم بواقعة البيع، ويكون دلالة بتصرف الشفيع بعقاره المشفوع به ببيع أو وقف أصالة أو وكالة[١].

قال الشعبي: «من بيعت شفعته وهو شاهد لا يغيرها فلا شفعة له»[٢].

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا الشرط حيث نصت المادة ١١٦١ منه على ما يلي:

لا تسمع دعوى الشفعة:

أ- إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

ب- إذا وقع البيع بين الأصول أو الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية.

ج- إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة.

٦- أن تكون الشفعة خاصة بالشفيع: اشترط القانون الأردني في ثبوت الشفعة أن تكون للشفيع خاصة حيث نصت المادة ١١٥١ منه على ما يلي:

« يثبت الحق في الشفعة للشريك في المال غير المنقول .».

والناظر في الشروط التي ذكرها الفقهاء لثبوت حق الشفعة يلحظ بوضوح أن هذا الشرط شرط معتبر عندهم وأن أخذ الشفيع المشفوع به لغيره لا يحقق المصلحة التي شرعت الشفعة من أجلها وهي دفع الأذى المتوقع من القادم الجديد.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٢، الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٣٩٢.

(٢) ذكره البخاري تعليقاً، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع.

المطلب الخامس: مسقطات الشفعة

مسقطات الشفعة لا تكون إلا بعد ثبوتها على رأي جمهور الفقهاء، وثبوتها لا يكون إلا بعد عقد مبايعة أو ما في معناه كما تبين من قبل؛ لأن الإسقاط قبل العقد لغو ولا يمنع الشفيع من المطالبة في الشفعة فيما بعد[(١)].

ومن أهم مسقطات الشفعة ما يلي:

١- موت الشفيع:

ذهب الحنفية إلى القول بأن موت الشفيع بعد البيع قبل القضاء يسقط الشفعة ولا ينتقل حق الأخذ بها إلى وارثه؛ لأن "حق الشفعة حق تملك وهو وصف قائم بالشفيع فلا ينتقل إلى وارثه بعد موته" لكن موت الشفيع بعد القضاء وقبل دفع ثمن الشفعة وقبض المبيع لا يبطل الشفعة والبيع لازم لورثته[(٢)].

والذي عليه المالكية والشافعية أن موت الشفيع لا يسقط حق وارثه فيها، لأنه حق ثبت لإزالة الضرر عن المال فكان موروثاً[(٣)].

يقول العمراني: «إنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فانتقل إلى الوارث كخيار الرد بالعيب».

هذا وقد فرق الحنابلة بين موت الشفيع قبل طلب الشفعة حيث يسقط حقه ولا ينتقل إلى وارثه، وبين موته بعد الطلب حيث تثبت الشفعة للوارث؛ لأن الحق قد تقرر بالطلب فلا يسقط بتأخير الأخذ به[(٤)].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٤، الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ١٤٤، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٠٩.

(٢) الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ١٤٧، العمراني، البيان في فقه الإمام الشافعي ٧/ ١٦١.

(٣) العمراني، البيان ٧/ ١٦١.

(٤) البهوتي، الروض المربع ص ٤٣٥.

وبعدم سقوط الشفعة بعد ثبوتها بموت الشفيع أو البائع أو المشتري أخذ القانون الأردني وهذا ما نص عليه في المادة ١١٥٨ «إذا ثبتت الشفعة فعلاً فلا تسقط بموت البائع أو المشتري أو الشفيع»

٢- عجز الشفيع عن دفع الثمن:

إذا ما تم بيع العقار المشفوع به وطالب الشفيع بالشفعة وعجز عن دفع الثمن أو القيمة عجزاً كلياً أو جزئياً فإنه يمهل ثلاثة أيام ليتدبر أمره ويأتي بالثمن وإلا سقط حقه في الشفعة؛ لأن بقاء حقه مع عدم القدرة على السداد يلحق ضرراً بالمشتري[١].

وإعطاء الشفيع مهلة ثلاثة أيام معلل «بأن تحصيل الثمن في الحال يتعذر عليه في غالب العادة، وعدم اعتبار ذلك يؤدي إلى إسقاط الشفعة، والإضرار بالشفيع، فأجل الثلاث لأنها مدة قريبة ولا ضرر على المشتري بذلك»[٢].

٣- قسمة العقار:

يسقط حق الشفعة للشريك إذا قسم العقار على رأي جمهور الفقهاء أخذاً بمنطوق الأحاديث التي بينت أن حق الشفعة إنما هو للشريك الذي لم يقاسم ومنها قوله ﷺ (الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)[٣].

والحنفية لا يرون سقوط حق الشفعة بالقسمة لأنها تثبت عندهم للجار كما تبين من قبل.

---

(١) الدردير، الشرح الصغير٤/ ٣٠٧، ابن ضويان، منار السبيل ١/ ٤٤٦، البهوتي، الروض المربع، ص٤٣٦

(٢) العمراني، البيان ٧/ ١١٩.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الشريك مع شريكه، ح(٢٢١٣) .

٤- فوات وقت الشفعة:

الفقهاء متفقون على سقوط حق الشفيع في الشفعة بعد فوات وقت المطالبة بها على خلاف بينهم في هذا الوقت ومتفقون على أن وقت المطالبة يبدأ من تاريخ علم الشفيع ببيع العقار[1].

فعند الحنفية يتأكد حق الشفيع في الشفعة ويستقر بالطلب وهو إعلام المشتري أو البائع بحقه في الشفعة وعندها لا يسقط هذا الحق إلا برضاه، ولو تأخر في المطالبة والمتابعة بعد ذلك، وهذا قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

والذي عليه الإمامان محمد وزفر وأبو يوسف في رواية أنه إذا ما استقر حق الشفيع في الشفعة ومضى شهر ولم يطلبها سقطت ووجه هذا القول هو أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عنه وإلحاقه بالمشتري فلا بد من التقدير بزمان حتى لا يتضرر المشتري فقدر بالشهر لأنه أدنى الآجال فإذا مضى ولم يطلب الشفيع الشفعة فقد فرط في حقه وبطلت شفعته[2].

ووجه نظر الإمام أبي حنيفة «أن الحق متى يثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطاله ولم يوجد لأن تأخير المطالبة منه لا يكون إبطالاً كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون»[3].

وأما عند المالكية فإن الشفعة تسقط إذا سكت الشفيع عن المطالبة بها بلا عذر بعد سنة من العقد، لأن سكوته هذه المدة دلالة على رضاه بالبيع وعدم رغبته بالشفعة[4].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٢٤، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٤٢٥، ابن قدامة، المغني ص١٢٠٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٤ – ٢٨.

(٣) المرجع السابق ٥/ ٢٨.

(٤) الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ١٤٥.

وقد ذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح من المذهب إلى أن حق الشفعة يثبت للشفيع على الفور إذا طالب به عند علمه بالبيع، فإن كان مريضاً أو غائباً ولم يوكل غيره أو يشهد على المطالبة مع القدرة على ذلك فقد سقط حقه(١).

وقد استدل الحنابلة بحديث (الشفعة كحل العقال)(٢).

وبقولهم إن حق الشفعة خيار لدفع ضرر عن المال فكان كخيار الرد بالعيب لأن إثباته على التراخي يضر بالمشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف به(٣).

وأما الذي عليه العمل في القانون المدني الأردني كما ورد في المادة (١١٦٢):

١ - على من يريد الأخذ بالشفعة أن يرفع الدعوى في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بتسجيل عقد الفراغ أو البيع وإذا تأخر بدون عذر شرعي يسقط حقه في الشفعة.

٢ -وفي جميع الأحوال لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الفراغ القطعي أو تسجيل البيع في سجلات دوائر تسجيل الأراضي.

٥- **التنازل عن حق الشفعة صراحة أو دلالة:** لا يكون التنازل عن الحق في الشفعة صراحة أو دلالة إلا بعد ثبوتها للشفيع بتوافر أسبابها وشروطها.

والتنازل الصريح يكون بأي لفظ دال عليه كأن يقول الشفيع أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو لا أريدها...الخ.

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٤١٥، ابن قدامة، المغني ص١٢٠٠.

(٢) حديث ضعيف رواه محمد البيلماني عن أبيه وفيه قال ابن حبان «حدث عن أبيه بنسخة كلها موضوعة» انظر ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة، ح(٢٥٠٠).

(٣) ابن قدامة، المغني ص١٢٠٠.

والتنازل دلالة كأن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالبيع كتركه لطلب الشفعة بعد علمه بالبيع لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل على الرضا بعقد البيع من ناحية والتنازل عن الشفعة من ناحية أخرى. ويكون التنازل دلالة بمساومة المشتري على العقار أو طلب استئجاره منه، كل ذلك علامة على الرضا بالبيع وإقرار للمشتري عليه[1].

وبهذا أخذ القانون المدني الأردني حيث نصت المادة ٣/١١٦١ على أنه لا تسمع دعوى الشفعة إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ٣٠.

الباب الثاني : فقه التوثيقات

الفصل الأول: عقود

ويتضمن ثلاثة مباحث

المبحث الأول : عقد الرهن

المبحث الثاني : عقد الكفالة

المبحث الثالث :عقد الحوالة

الفصل الثاني:عقود التوثيقات المعاصرة

المبحث الأول:الرهن الحيازي والتأميني

المبحث الثاني:أخذ الأجرة على الكفالة

الفصل الأول: عقود

المبحث الأول

عقد الرهن

المطلب الأول: تعريف الرهن

الرهن لغة : مشتق من الفعل رهن، وجمعه رهان ورهون ورهُن بضمتين. ومعناه الحبس ، وكل ما احتبس به شيء فهو رهينه، ومنه قوله تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾ ﴾ [المدثر: ٣٨]، أي محبوسة بما ارتكبته من معاص وآثام .

يقال : أرهنه ، أي جعله رهناً ، وارتهن منه : أخذ منه الرهن .

والرهن أيضاً مأخوذ من الثبوت والدوام ، تقول العرب : رهن الشيء ، إذا ثبت ، والنعمة الراهنة هي الثابتة الدائمة ، والرهن ما وضع عند الإنسان لينوب مناب ما أخذ منه[١].

الرهن اصطلاحاً : عرف الرهن عند الفقهاء تعريفات متقاربة لفظاً ومعنى ، فهو عند الحنفية " حبس مال متقوم بحق يمكن أخذه منه "[٢] ، وعند المالكية " متمول أخذ توثقاً به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم "[٣] .

وعرفه الشافعية بأنه " جعل المال وثيقة على الدين ليستوفى منه الدين عند تعذره ممن عليه الدين "[٤] ، وأما عند الحنابلة فهو " المال يجعل وثيقة بالدين ليستوفى منه إن تعذر وفاؤه من المدين "[٥].

---

(١) الفيروزابادي، القاموس المحيط، مادة رهن ، وانظر العمراني، البيان ٦/ ٧.

(٢) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤٧٤.

(٣) الدردير، لشرح الصغير على أقرب المسالك ٣/ ٦٥٥.

(٤) العمراني، البيان٦/ ٧.

(٥) ابن ضويان، منار السبيل١/ ٣٥٠.

ويمكن تصور حقيقة الرهن من خلال هذه التعريفات بأنه عقد توثيقي يقوم المدين بناء عليه بوضع ما هو متمول من متاع أو غيره عند الدائن توثيقاً لدينه إلى حين القيام بسداد الدين .

المطلب الثاني
مشروعية الرهن وحكمه وحالاته

مشروعية الرهن :

الرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع على النحو التالي :

قوله تعالى : ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

عن عائشة رضي الله عنها " أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه "(١).

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة "(٢).

عن أنس رضي الله عنه قال: " ولقد رهن النبي ﷺ درعه بشعير"(٣).

إن الفقهاء مجمعون على القول بجواز الرهن ومشروعيته واعتباره من عقود التوثيقات في الفقه الإسلامي.

---

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب من رهن درعه، ح(٢٥٠٩).

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، ح(١٥١٢).

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب الرهن في الحضر، ح(٢٥٠٨).

حكم الرهن :

لا خلاف بين الفقهاء في أن الرهن جائز وليس بواجب ؛ لأنه وثيقة لحفظ الدين فلا يكون واجباً شأنه في ذلك شأن الكفالة[١] وما ورد في قوله تعالى: ﴿۞ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] لا يفهم منه الوجوب لأمرين :

الأول : أن الكتابة وهي الأصل في التوثيق ليست واجبة على رأي جمهور الفقهاء فلا يكون البديل وهو الرهن واجباً .

الآخر : أن الأمر هنا أمر توجيه وندب واستحباب وإرشاد لقوله تعالى في الآية نفسها : ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

أي إذا استغنى الدائن عن أخذ الرهن اعتماداً على أمانة مدينه فليؤد المدين ما عليه من الدين.[٢]

يقول ابن العربي موضحاً هذه الآية : معناه : إن أسقط الكتاب والإشهاد والرهن وعوّل على أمانة العامل فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق ربه ... ثم قال : ولو كان الإشهاد واجباً لما جاز إسقاطه ، وبهذا يتبين أنه وثيقة .

وقد نقل عن أبي سعيد الخدري قوله بعد قراءته لهذه الآية أنها نسخ لكل ما تقدم يعني من الأمر بالكتاب والإشهاد والرهن[٣].

---

(١) فيض الله، محمد فوزي، فصول من الفقه الإسلامي ٢٣١.

(٢) الأشقر، زبدة التفسير ٢٤٨.

(٣) أحكام القرآن ٢٩٠.

حالات الرهن :

ذكر ابن قدامة أن للرهن حالات ثلاث على النحو التالي :

أن يقع بعد الدين وهذا يصح بالإجماع لأن ثبوته يحتاج إلى وثيقة تحفظه وقد جعله الله بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ».

أن يقع الرهن متزامناً مع العقد الموجب للدين كأن يقول البائع الدائن للمشتري المدين : أبيعك هذه الأرض على أن ترهن لي بيتك ، فيقول المشتري : قبلت ، وهذه حالة صحيحة من حالات الرهن وبها قال الإمام الشافعي وأصحاب الرأي لأن الحاجة داعية لمثله .

أن يقع الرهن قبل ثبوت الحق كأن يقول الذي يريد الاستدانة لشخص ما : رهنتك أرضي بمائة ألف درهم تقرضني إياها غداً وهذه حالة لا تصح في ظاهر المذهب عند الحنابلة ولا تصح عند الشافعية وهي صحيحة في مذهب أبي حنيفة والإمام مالك لأن الرهن وثيقة بحق فجاز عقده قبل وجوبه كالضمان .

وحجة الحنابلة ومن معهم أن الرهن وثيقة بحق فلا يلزم قبل ثبوته كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه[1].

---

(١) ابن قدامة، المغني ٩٥٣ ، وانظر : طهماز، عبدالحميد، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد ٤/ ٤٦٦، العمراني، البيان ٦/ ١٥.

المطلب الثالث
أركان وشروط الرهن

على الخلاف المعروف بين الحنفية وجمهور الفقهاء حول مسمى الأركان والشروط فإن الحنفية يرون أن لعقد الرهن ركناً واحداً وهو الصيغة " الإيجاب والقبول " وأما العاقدان ومحل العقد فهي من الشروط .

في حين يرى جمهور الفقهاء أن أركان عقد الرهن هي : الصيغة – الراهن – المرتهن – محل الرهن " المرهون" – المرهون به ، وإليك البيان:

أولاً : الصيغة :

الذي عليه جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة هو أن الرهن لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول كغيره من العقود ، كأن يقول الراهن : رهنتك هذا الشيء بما لك علي من دين أو نحو ذلك ، فيقول المرتهن : وأنا قبلت أو رضيت(١) .

ولفظ الرهن ليس شرطاً في الصيغة بل ينعقد بأي لفظ يدل عليه ، يقول الكاساني :" فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيئاً بدراهم ودفع إلى البائع ثوباً وقال له : أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن ، فالثوب رهن ؛ لأنه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني "(٢).

ثانياً : الراهن :

يشترط في الراهن أن يكون الراهن عاقلاً باتفاق الفقهاء فلا يصح رهن الصبي

---

(١) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤٧٥ ، الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٥ ، الدردير، الشرح الصغير ٦/ ٢٠٥ الشيباني، تبيين المسالك ٣/ ٤٨٣ ، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٦٦ ، البهوتي، الروض المربع ٣٦٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٥.

الذي لا يعقل والمجنون والسفيه ، وأما البلوغ فليس شرطاً في الرهن عند الحنفية لأن الرهن يجوز من الصبي المأذون له ؛ لأنه من توابع التجارة فيملكه ويملكها ، ولأن الرهن والارتهان من باب إبقاء الدين واستيفائه والصبي يملك ذلك(١) .

والذي عليه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة(٢) أن الرهن لا يصح إلا ممن هو أهل للتبرع وممن يجوز تصرفه في المال ، يقول العمراني :

" ولا يصح الرهن إلا من جائز التصرف في المال فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه فلا يصح منه الرهن ؛ لأنه عقد على المال فلم يصح منهم كالبيع "(٣).

ثالثاً : المرتهن :

يشترط في المرتهن ما يشترط في الراهن من كونه عاقلاً أهلاً للتصرف بالمال بيعاً وشراءً وتبرعاً وعليه فلا يصح أن يكون المرتهن مجنوناً ولا سفيهاً ولا محجوراً عليه ولا صبياً غير عاقل باتفاق الفقهاء على حين أن الحنفية أجازوا للصبي المأذون له بالتصرف أن يكون راهناً ومرتهناً لأن الرهن تبع للبيع فكما يصح بيعه في مثل هذا الحال يصح رهنه(٤) .

رابعاً : المرهون (محل الرهن) :

يشترط الفقهاء في المرهون شروطاً متعددة منها ما يلي(٥) :

١-أن يكون محلاً قابلاً للبيع والقاعدة ان ما صح بيعه صح رهنه(١) وما لا

---

(١) المرجع السابق ٦/ ٢٠٥ .

(٢) العمراني، البيان ٦/ ١٠ ، ابن قدامة، المغني ١/ ٩٥٤ ، ابن ضويان، منار السبيل ١/ ٣٥١ .

(٣) البيان ٦/ ١٠.

(٤) المراجع السابقة .

(٥) انظر هذه الشروط : الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٢٠٧ ، الشيباني، تبيين المسالك ٣/ ٤٨٥ ، العمراني، البيان ٦/ ٢٩ ، ابن قدامة، المغني ١/ ٩٥١ .

يصح بيعه لا يصح رهنه .

٢-أن يكون موجوداً وقت العقد معلوم الجنس والمقدار مقدور التسليم فلا يجوز رهن ما ليس بموجود ولا رهن ما يحتمل الوجود كرهن الطير المتوقع صيده ولا رهن مجهول ؛ لأن المرهون بهذه الأوصاف لا تتحقق به الغاية من الرهن وهي الاستيثاق.

٣-أن يكون مالاً متقوماً فلا يجوز رهن ما ليس بمال ولا رهن ما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير

٤-أن يكون المرهون ملكاً للراهن وهذا هو الأصل في الرهن لكن الفقهاء جوزوا أن يكون المرهون ملكاً للغير إذا أذن صاحبه كأن يستعير شخص متاعاً من الغير لجعله رهناً بدين ، كما جوزوا رهن مال الغير بغير إذنه إذا كانت ولاية شرعية كقيام الأب أو الوصي برهن مال الصبي بما عليه من دين .

٥-أن لا يكون الرهن مشاعاً ، وهذا شرط عند الحنفية لوجهين :

الأول : إن حقيقة الرهن هي ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور في المشاع ؛ لأن اليد تثبت على معين والمشاع غير معين وبهذا يفوت حكم الرهن .

الآخر : إن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص « فرهان مقبوضة » أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق وكل ذلك يتعلق بالدوام

---

(١) يرى الحنفية أن ما صح بيعه صح رهنه إلا في ثلاثة :

الأول : المشاع .

الثاني: المشغول بحق الراهن حيث يمنع التسليم كون الراهن أو امتناعه في الدار المرهونة، فإذا خرج منها يحتاج إلى تسليم جديد لأنه شاغل لها .

الثالث : المتصل بغيره كالبناء وحده أو النخل بدون الأرض .

وانظر : طهماز، عبدالحميد، الفقه الحنفي ٤/ ٤٦٤.

ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس ، ولو جوزناه في المشاع ، يفوت الدوام ؛ لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال : رهنتك يوماً ويوماً لا ، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها .

وأما الشيوع الطارئ فإنه يمنع الرهن في رواية الأصل وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء[١] .

والذي عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة هو جواز رهن المشاع، جاء في تبيين المسالك " والأصل في جواز رهن المشاع قوله تعالى:« فرهان مقبوضة ».

قال القرطبي: لما قال تعالى:« مقبوضة » قال علماؤنا فيه ما يقتضي بظاهره ومطلقه جواز رهن المشاع "[٢].

والأصل أن بيع المشاع جائز فكذا رهنه، يقول صاحب البيان :

" وما صح رهنه صح رهن جزء منه مشاعاً سواء كان مما ينقسم كالدور والأرضين أو مما لا ينقسم كالجواهر، وسواء رهنه من شريكه أو من غيره ، وبه قال مالك والأوزاعي وابن أبي ليلى...دليلنا أن المشاع كما يصح بيعه فصح رهنه كالمفرد ، ولأن كل من جاز له أن يرتهن المفرد جاز له أن يرتهن المشاع ... وإن كان بين رجلين دار فيها بيوت فرهن أحدهما نصيبه من بيت من غير شريكه فإن كان بإذن شريكه صح الرهن وإن كان بغير إذنه ففيه وجهان :

أحدهما : يصح كما يصح بيعه .

والثاني : لا يصح لأن في ذلك ضرراً على شريكه لأنهما قد يقتسمان فيقع هذا

---

(١) فيض الله، محمد فوزي، فصول في الفقه الإسلامي ٣٣٨ ، طهماز، عبدالحميد، الفقه الحنفي ٤/ ٤٦٣.
(٢) الشيباني ٣/ ٤٨٥.

البيت في حق شريكه فيكون قد رهن ملك غيره بغير إذنه بخلاف البيع فإنه إذا باعه زال ملكه ولا يملك المقاسمة على ما باع "[1].

ما عليه القانون :

الذي يلاحظ أن القانون من حيث الشروط المتعلقة بالراهن والمرهون قد أخذ بما اشترطه الفقهاء ويعد هذا الأخذ واضحاً من خلال نصوص المواد التالية :

حيث نصت الفقرة ١من المادة ١٣٢٤ على ما يلي :

" يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه " .

ونصت المادة ١٣٢٥ على أنه "لا يجوز رهن ملك الغير إلا إذا أجازه المالك الحقيقي بسند موثوق".

ونصت الفقرة ٣ من المادة ١٣٢٦ على أنه " للأب أو الجد الصحيح أن يرهن مال الصغير بدين على الصغير نفسه ".

هذا وقد أخذ القانون المدني الأردني برأي جمهور الفقهاء فيما يتعلق برهن المشاع، حيث نصت المادة ١٣٣١/ ١ على جوازه، " للشريك في عقار شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه مع مراعاة قيده في دائرة التسجيل " .

خامساً: المرهون به:

يشترط في المرهون به ما يلي :

١-أن يكون ديناً واجب التسليم على الراهن لثبوته في ذمته حين الرهن .

---

(١) العمراني ٦/ ٣٢.

اتفق الفقهاء[1] على أن المرهون به يجب أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة حين الرهن وأما الدين الموعود كقول من يريد قرضاً لمن يطلب منه القرض: رهنتك هذا المتاع بما ستقرضني غداً فإنه يجوز الرهن به عند فقهاء الحنفية والمالكية خلافاً لما عليه الشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب فإنهم لا يجيزون الرهن بالدين الموعود ، جاء في المنهاج " شرط المرهون به كونه ديناً لازماً فلا يصح بالعين المغصوبة والمستعارة في الأصح ولا بما سيقرضه "[2].

٢-أن يكون المرهون به ديناً معلوماً للعاقدين قدراً وصفة فلا يصح الرهن بدين مجهول[3].

ذهب الحنفية إلى القول باشتراط أن يكون المرهون به مضموناً والمضمون عندهم إما أن يكون ديناً أو عيناً.

فأما الدين فيجوز الرهن به مهما كان سببه (إتلاف ، غصب ، بيع) لأن سداد الدين مهما تعددت أسبابه واجب والرهن به رهن بمضمون فيصح .

وأما إن كان عيناً فينظر، إن كانت العين أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة فإنه لا يصح الرهن بها لأنها ليست بمضمونة أصلاً واليد فيها يد أمانة وليست يد ضمان .

وأما إن كانت العين مضمونة فهي إما أن تكون مما هو مضمون بنفسه وهو الذي يضمن عند هلاكه بالمثل أو القيمة كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الصلح عن دم العمد فإنه يجوز الرهن به .

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ٢١٦ ، الشيباني، تبيين المسالك٣/ ٤٩١،ابن ضويان، منار السبيل١/ ٣٥٢، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٧٣١.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ١/ ٣٧٢ ، ابن قدامة، المغني ١/ ٩٥٣.

(٣) ابن قدامة، المغني ١/ ٩٦٢، الكرمي، غاية المنهى١/ ٥٩٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ١٧١.

وأما إن كانت العين مما هو مرهون بغيره كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن حتى لو هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري والثمن حق البائع فلا يصح الرهن به

ووجه عدم جواز الرهن بالعين المضمونة بغيرها هو أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير.(١)

ويلاحظ أن القانون المدني الأردني قد أخذ برأي الحنفية والحنابلة في جواز أن يكون المرهون به من الأعيان المضمونة كما نصت المادة ١٣٣١ خلافاً لما ذهب إليه الشافعية من القول بعدم جواز أن يكون المرهون به من الأعيان كما بينت من قبل.

المطلب الرابع
قبض الرهن وكيفيته

هل يعد قبض الرهن شرطاً للزوم العقد؟

الذي عليه جمهور الفقهاء والحنفية والشافعية والحنابلة أنه لا بد من قبض الرهن وأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ، ودليل ذلك قوله تعالى : «فرهان مقبوضة» (البقرة:٢٨٣].

يقول صاحب المغني بعد ذكره للآية : " وصفها بكونها مقبوضة ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض ".(٢)

ويقول صاحب مغني المحتاج : " فلو لزم بدون القبض لم يكن للتقييد فائدة ،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٢١٦.

(٢)ابن قدامة، المغني٤/ ٢٧٤

ولأنه عقد تبرع يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة والقرض "[١]..

واشتراط القبض في الرهن يعني أنه يجوز للراهن الرجوع عنه قبل تسليمه لعدم اللزوم.

والذي عليه المالكية أن الرهن عندهم يلزم بالعقد فإذا ما تم بالإيجاب والقبول فإن للمرتهن حق المطالبة به ويقضى له بذلك، لكنهم يقولون إن الرهن لا يتم إلا بالقبض لأنه شرط تمامه لا شرط لزومه ، وقبل تمامه يكون الدائن كغيره من الدائنين في تعلق حقه بذمة المدين وأما بعد القبض فإن حق الدائن يتعلق بعين المرهون وله أولوية استيفاء الدين[٢] .

يقول صاحب تبيين المسالك: " ولزومه بالعقد لا يتنافى مع قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] بل فيها دليل على ذلك ، قال الباجي : " قلنا : من الآية دليلان، أحدهما : قال عز من قائل : ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فأثبتها رهان قبل القبض ، والآخر : أن قوله : ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] أمر لأنه لو كان خبراً لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض ، قال : ومن جهة القياس إنه عقد وثيقة كالكفالة "[٣].

كيفية قبض الرهن :

المرهون إما أن يكون عقاراً أو منقولاً :

فإن كان عقاراً فإن قبضه يكون بالتخلية بين المرتهن وبينه؛ لأن التخلية بمثابة التسليم كما هو الحال في البيع ، وإن اشترط الشافعية مضي مدة يتمكن من

---

(١) الشربيني: مغني المحتاج ٣/ ٥٨

(٢) الشيباني، تبيين المسالك ٣/ ٤٨٧، ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ١٤٣٥، الدردير، الشرح الصغير ٣/ ٦٦٥.

(٣) الشيباني ٣/ ٤٨٧.

خلالها من التخلية[1].

وأما إذا كان الرهن منقولاً فإن قبضه عند الحنفية في ظاهر الرواية يكون بالتخلية أيضاً خلافاً لقول أبي يوسف في أنه لا بد فيه من النقل والحيازة لأن مطلق القبض ينصرف إليه وأما التخلي فقبض حكمي لا يكتفى به[2].

وأما عند الشافعية فإن المرهون لا يشترط فيه النقل إذا كان منقولاً وإنما يكتفى بإذن الراهن في قبضه ومضي مدة يتمكن خلالها المرتهن من القبض[3].

والذي عليه الحنابلة هو أن المرهون إن كان منقولاً فقبضه يكون باستلامه وأخذه من راهنه، وإن كان مما لا ينقل كالدور والعقار فقبضه يكون بالتخلية[4].

وأما عند المالكية فالقبض عندهم شرط لتمام الرهن وليس شرطا للزومه كما بينت من قبل .

المطلب الخامس
هلاك الرهن وضمانه

الأصل هو المحافظة على الرهن لأنه وثيقة بدين لكنه قد يهلك وهلاكه إما أن يكون بتعد وتقصير وإما أن يكون بغير ذلك، فإن كان هلاكه بتعد وتقصير فإن المتعدي ضامن سواء كان الراهن أو المرتهن أو من اتفق على وضع الرهن عنده لأن اليد على الرهن يد أمانة فيضمن صاحبها بالتعدي .

وفي مثل هذه الحالة يوضع مكان الرهن رهن مثله إن كان مثلياً أو توضع قيمته

---

(١) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤٧٥ ، العمراني، البيان ٦/ ١٥ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٢١٤.

(٣) العمراني، البيان ٦/ ١٥ .

(٤) ابن قدامة، المغني ١/ ٩٥٤.

رهناً إن كان قيمياً[١].

يقول صاحب غاية المنتهى: " ويدخل في ضمانه بتفريط ولا يبطل بل يلزمه بدله رهناً بمجرده"[٢].أما إذا كان الرهن بيد المرتهن وهلك بغير تعد وتقصير فهناك آراء متعددة في المسألة على النحو التالي:

الذي عليه الحنفية أن الرهن في مثل هذه الحالة مضمون على المرتهن بدينه حيث يغرم الراهن القيمة وتكون رهناً في يده فإذا حل الأجل والدين من جنس القيمة استوفي منها ولو كان فيها زيادة ردها.

يقول الهروي: " ويضمن المرتهن الرهن بأقل من قيمته ومن الدين فإن كانت قيمته أكثر فالزيادة أمانة وإن كانت قيمته أقل سقط من دينه بقدره ورجع على المرتهن بالباقي "[٣].

وقال زفر:"الرهن مضمونه بقيمته مطلقاً، ويقوم الرهن إذا هلك بقيمته يوم قبضه".

وقد استدل الحنفية لما ذهبوا إليه بما يلي:

بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في الرجل يرتهن الرهن فيضيع " إن كان أقل مما فيه يرد عليه تمام حقه وإن كان أكثر فهو أمين "[٤].

بما روي عن علي رضي الله عنه قال: " إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل ".[٥]

---

(١) فيض الله، محمد فوزي، فصول من الفقه الإسلامي ٣٨١.
(٢) الكرمي الحنبلي ١/ ٦٠٣.
(٣) فتح باب العناية ٢/ ٤٨٧، وانظر: طهماز، الفقه الحنفي ٤/ ٤٨١.
(٤) قال البيهقي: هذا ليس بمشهور عن عمر _ السنن الكبرى، كتاب الرهن، باب من قال الرهن مضمون، الدراقطني، سنن الدارقطني، كتاب البيوع ٣/ ٢٨.
(٥) ابن ابي شيبة: المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب في الرجل يرهن الرجل فيهلك، حديث رقم (٢٢٧٩٥)

بما رواه عبدالله بن مبارك عن مصعب بن ثابت قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن رجلاً فرساً فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ: " ذهب حقك "(١).

والذي ذهب إليه الشافعية والحنابلة هو أنه لا ضمان على المرتهن بهلاك الرهن عنده ولا يسقط بهلاكه الدين المستحق له، وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي :

قوله ﷺ في الحديث الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه: "لا يغلق الرهن من راهنه لصاحبه غنمه وعليه غرمه".(٢)

يقول العمراني بعد ذكره لهذا الحديث: " فلنا من الخبر ثلاثة أدلة:

أحدها : قوله : " لا يغلق الرهن " ومن تأويلاته : لا يسقط الحق فيلغه .

الثاني : قوله : " الرهن من راهنه " ، أي : من ضمانه ، قال الشافعي رحمه الله : " وهذه أبلغ كلمة للعرب في أنهم قالوا هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه".

الثالث : قوله : " له غمنه وعليه عرمه "، قال الشافعي : " وغرمه هلاكه وعطبه لأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسداً لم يضمن فوجب إن كان صحيحاً ألا يضمن "(٣).

يقول النووي: " وكل عقد يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذا فاسده "(٤).

وقد رد الحنفية على الاستدلال بهذا الحديث بما قاله الهروي: "غلق الرهن يغلق

---

(١) ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب في الرجل يرهن الرجل فيهلك، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الرهن، باب من قال الرهن مضمون، وقال: "وقد كفانا الشافعي رحمه الله بيان وهن هذا الحديث ".

(٢) الدارقطني: السنن ج٣ص٤٣٧ حديث رقم (٢٩٢٠) وقال: وهذا اسناد حسن متصل.

(٣) البيان ٦/ ١١٠.

(٤) المرجع السابق.

غلوقاً إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه ومعنى لا يغلق الرهن فيه أنه لا يستحقه المرتهن إذا لم يفكه صاحبه، وكان هذا من فعل الجاهلية إن الراهن إذا لم يؤد ما عليه في الوقت المعين ملك المرتهن الرهن فأبطله الشرع "[١].

أن يد المرتهن يد أمانة وليست يد ضمان فلا يضمن إلا بالتعدي الشأن في ذلك شأن الوديعة ومال المضاربة والوكالة[٢].

يقول الكرمي الحنبلي: " ولا يضمن بتلفه بلا تفريط ولو شرط عليه ضمانه وكذا كل أمين لا يسقط شيء من حقه ".

إن المرتهن لو ضمن الرهن إذا هلك بغير تقصير ولا تعد لامتنع الناس من التعامل به خوفاً من ضمانه، وهذا يؤدي إلى تعطل أو توقف التعامل بالدين وفي هذا مشقة وضرر.[٣]

وأما المالكية فإنهم يفرقون بين هلاك الرهن بسبب ظاهر كاحتراق الدار وهلاكه بسبب خفي كسرقة المتاع حيث يضمن الراهن في الحالة الأولى ويضمن المرتهن في الحالة الثانية[٤] وفي هذا يقول الإمام مالك رحمه الله:

" الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن أنه ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك في يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وإن ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئاً. وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه إلا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن، يقال له صفه فإذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ما له فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك فإن كان فيه فضل

---

(١) فتح باب العناية ٢/ ٤٧٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) غاية المنتهى ١/ ٦٠٣.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد ٤/ ١٤٣٩.

عما سمي من المرتهن أخذه الراهن وإن كان أقل مما سمي أحلف الراهن على ما سمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذي سمى المرتهن فوق قيمة الرهن . وإن أبى الراهن أن يحلف أعطي المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن فإن قال المرتهن لا علم لي بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له إذا جاء بالأمر الذي لا يستنكر ، وذلك إذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدي غيره[١].

هذا وقد ذكر ابن رشد رأياً ثالثاً في ضمان الرهن حالة هلاكه هذا نصه : " ومنهم من قال أنه مضمون بقيمته قلّت أو كثرت وإنه إن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن ، قال بهذا علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعطاء واسحاق "[٢].

وهذا الرأي الذي ذكره ابن رشد هو قول الإمام زفر من الحنفية ، قال الهروي:"وقال زفر : الرهن مضمون بقيمته مطلقاً فلو رهن ثوباً قيمته بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه وإن كانت قيمة الثوب خمسة رجع المرتهن على الراهن بخمسة ، وإن كانت قيمته خمسة عشر رجع الراهن على المرتهن بخمسة "[٣].

المطلب السادس
انتهاء عقد الرهن

لخص أستاذنا الدكتور محمد فوزي فيض الله الحالات التي ينتهي فيها الرهن وترتفع معها الأحكام المتعلقة به على النحو التالي:

١- بالإقالة لأنها فسخ العقد ونقضه لكنه لا ينقض حكم العقد بمجرد الإقالة بل لا بد من رد الرهن على الراهن حتى لا يكون للمرتهن حبسه بعد الإقالة لأن العقد لا ينعقد في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون الرد .

---

(١) الإمام مالك، الموطأ، تحقيق الأعظمي ٦/ ٣٠٤.

(٢) بداية المجتهد ٤/ ١٤٣٩.

(٣) فتح باب العناية ٢/ ٤٧٧.

وكما ينفك العقد بالفسخ من الجانبين فإنه ينفك بالفسخ من جانب المرتهن وحده لأن الحق له بخلاف الراهن فإنه لا ينفك بفسخه لأن العقد لازم من جهته.

٢- بالبراءة من الدين بتسديده كله من الراهن أو من غيره عنه، أو حوالة من الراهن للمرتهن أو من المرتهن لغريمه على الراهن، أما إذا سدد بعض الدين فلا ينفك شيء من الرهن لأنه وثيقة بالدين فاقتضى أن يكون محبوساً بكل جزء من أجزائه .

ويستثني الشافعية من ذلك تعدد العقد أو الراهن أو المرتهن ففي هذه الأحوال ينفك بعض الرهن بحصته من الدين.

٣- فوات عين المرهون وهلاكه بآفة سماوية أو بقوة قاهرة بدون تعد ولا تقصير من المرتهن وهذا عند الشافعية والحنبلية إذ يكون للمرتهن الرجوع بدينه خلافاً للحنفية الذين يرون سقوط الدين في هذه الحالة وعدم رجوعه إلا بما زاد من الدين على قيمة الرهن "[١].

أقول وخلافاً للمالكية الذين يفرقون بين هلاك الرهن بسبب ظاهر معروف حيث لا يضمن المرتهن وهلاكه بسبب خفي حيث يلحقه الضمان كما بينت من قبل[٢].

بتصرف الراهن في المرهون بإذن المرتهن بما يزيل الملك كالهبة والوقف والبيع ونحو ذلك.

---

(١) فصول من الفقه الإسلامي ٣٩٥.

(٢) ابن رشد – بداية المجتهد ٤/ ١٤٣٩ .

المبحث الثاني

عقد الكفالة

تمهيد

الكفالة عقد من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي، وهي من عقود التوثيقات الشخصية، وأمرها قائم على مبدأ معروف في الشريعة الإسلامية، وهو مبدأ التعاون بين الأفراد، وتيسير مصالحهم، والتفريج عن مكروبهم.

والكفالة في الأصل عمل تطوعي لا تلزم المرء إلا إذا ألزم نفسه بها وعندها يتحمل آثارها.

والكفالة متنوعة منها ما يكون بالنفس، ومنها ما يكون بالمال وسيكون هذا المبحث محصوراً في بعض الجوانب المتعلقة بالكفالة المالية.

المطلب الأول: تعريف الكفالة

أ- الكفالة لغة:

الكفالة لغة هي الضم يقال كفله بمعنى ضمنه، وتكفل بالشيء ألزم نفسه به ومنه قوله تعالى: (وكفلها زكريا) أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها. وعلى قراءة كفلها بالفتح فالمعنى ضمن زكريا عليه السلام القيام بأمرها. والكفيل الضمين وجمعه كفّل وكفلاء[1].

والكفيل والجميل والزعيم بمعنى واحد[2]، جاء في تحفة ابن عاصم [3] .

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، الفيروز آبادي، القاموس المحيط مادة كفل.

(٢) بحث القرافي الكفالة تحت عنوان كتاب الحمالة ثم نقل كلام ابن رشد بقوله قال صاحب المقدمات وهي في اللغة سبعة ألفاظ كلها مترادفة الحميل والزعيم والكفيل والقبيل والأذين والصبير والضامن. ثم ذكر أصل هذه الكلمات وشواهدها انظر القرافي، الذخيرة ٩/ ١٨٩ .

(٣) الفاسي، أحمد بن ميارة، شرح تحفة الحكام ١/ ١١٩.

وسمي الضامن بالحميل   كذاك بالزعيم والكفيل

ب- الكفالة اصطلاحاً:

عرفت الكفالة في الفقه بألفاظ متقاربة ذات معنى واحد فهي عند الحنفية «ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة»[١].

وهي عند المالكية «التزام مكلف ديناً على غيره أو طلبه ممن عليه لمن هو له بما يدل عليه»

وتعريف المالكية هذا شامل للكفالة بالمال والكفالة بالنفس فالشطر الأول منه خاص بالكفالة المالية، والشطر الثاني يعني التزام الكفيل بطلب المكفول إلى المكفول له.

فإن كان الطلب في الكفالة بالنفس يتضمن إحضار المكفول فإنه يعرف عند المالكية بضمان الوجه، وإن كان يتضمن البحث عن المكفول وإخبار صاحب الدين فإن يعرف بضمان الطلب.[٢]

والكفالة عند الشافعية «التزام بحق ثابت في ذمة الغير»[٣].

وعند الحنابلة «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»[٤].

أما الكفالة عند ابن حزم فقد نهج فيها منهجاً خالف فيه الجمهور فالذي يفهم من كلامه أنها «نقل الحق من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل»، قال في المحلى «فمن كان له على آخر مال من بيع أو من غير بيع ... فضمن له ذلك الحق إنسان.... فقد سقط

---

(١) الكمال بن الهمام، فتح القدير ٧/ ١٩٢، الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب ٢/ ١٥٢.

(٢) الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٤٣٠، الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٣٤.

(٣) الشربيني، الخطيب، مغني المحتاج ٢/ ١٨٨.

(٤) ابن قدامة، المغني ٤/ ٥٩٠.

ذلك الحق عن الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال»[١].

تعريف القانون المدني الأردني للكفالة:

نصت المادة ٩٥٠ على أن الكفالة «ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه».

وهذا التعريف فيه دلالة واضحة على أن الذمة التي تضم هي ذمة الكفيل وأن الذمة التي يضم إليها هي ذمة المكفول عنه وهو المدين وهذا الضم يعني أن كلا الطرفين الكفيل والمكفول يطالبان بالوفاء بالالتزام المستحق للمكفول له.

المطلب الثاني – تكييف عقد الكفالة

عقد الكفالة من حيث المآل والغاية عقد توثيقي وهو من العقود التي تعرف اليوم بعقود التأمينات الشخصية التي يعمد إليها صاحب الحق من أجل ضمان حقه مستقبلاً شأنه في ذلك شأن الرهن.

وأما من حيث تبادل الحقوق بين أطراف العقد فإن الكفالة تكون تبرعاً إذا قام بها الكفيل متطوعاً دون أمر أو طلب من المدين المكفول، وليس للكفيل في هذه الحالة الرجوع على المكفول بما دفعه عنه.

وأما إذا كانت الكفالة بأمر أو طلب من المكفول فإنها تتضمن معنى التبرع عند العقد، ومعنى المعاوضة عند انتهائه، ذلك أن الكفيل بالأمر والطلب متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين فإذا ما طولب بدفعه فدفعه ثم أراد الرجوع على المدين بما دفع بسبب الكفالة فإن العقد يؤول إلى معاوضة.[٢]

---

(١) ابن حزم، المحلى ٨/ ١١١.

(٢) الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٨، ٥٨٣، الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية ص٤٤٨.

المطلب الثالث - مشروعية الكفالة

ثبتت مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والمعقول على النحو التالي:

١- قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢] أي وأنا به كفيل هذا ما قاله ابن عباس ومجاهد وقتادة وغيرهم(١).

قال ابن العربي عن هذه الآية «قال علماؤنا هذا نص في جواز الكفالة»(٢).

٢- ما رواه سلمة بن الأكوع -رضي الله عنه - أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها فقال: هل عليه من دين. فقالوا: لا. فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى فقال: هل عليه من دين. قالوا: نعم. قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله. فصلى عليه»(٣).

وفي رواية ابن ماجه (فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به. قال النبي ﷺ: بالوفاء. قال: بالوفاء.)(٤)

٣- ما رواه أبو أمامة الباهلي بقوله سمعت رسول الله ﷺ يقول: (العارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضي)(٥).

٤- إن الكفالة باب من أبواب المعروف والتعاون بين الناس فتكون مشروعة وجائزة قياساً على العارية والقرض وغيرها، ولأن فيها توثيقاً بالحق لصاحبه فتكون مشروعة كالرهن(٦).

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٦/ ٢٣٢.

(٢) أحكام القرآن ٣/ ١٠٩٥.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب من تكفل عن ميت ديناً، ح(٢٢٩٥).

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب الكفالة، ح(٢٤٠٧).احمد: المسند ج٣٧ص٢٦٤ حديث رقم(٢٢٥٧٢) وقال الأرنؤوط :صحيح بطرقه وشواهده.

(٥) الترمذي، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، ح(١٢٦٥).قال الالباني: صحيح

(٦) القرافي، الذخيرة ٩/ ١٩١.

المطلب الرابع – أركان الكفالة وشروطها

للكفالة عند الحنفية ركن واحد وهو الصيغة خلافاً لما عليه الحال عند جمهور الفقهاء الذين يرون أن أركان الكفالة خمسة الصيغة – الكفيل – المكفول عنه – المكفول له – المكفول به.(١)

أولاً: الصيغة:

صيغة العقد هي ما ينعقد بها العقد وهي متضمنة للإيجاب والقبول في الغالب، لكن هل يشترط في عقد الكفالة أن تكون الصيغة متضمنة لطرفيها الإيجاب والقبول؛ أم أنه يكتفى بالإيجاب فقط؟

ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف في قول والشافعية في قول إلى أن صيغة الكفالة لا تكون إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنها عقد يملك معه المكفول له الحق بمطالبة الكفيل.

بينما ذهب الإمام أبو يوسف في قوله الآخر والمالكية والشافعية في الصحيح والحنابلة إلى أن صيغة الكفالة تكون بالإيجاب فقط وهو الكلام الصادر من الكفيل الدال على قبوله للكفالة دون الحاجة إلى قبول المكفول له، لأن الكفالة في الأصل تبرع ينشأ بإرادة منفردة، ولأنها تتضمن معنى الضم والالتزام في المطالبة وهذا يتم بالإيجاب شأنه شأن الالتزام بالنذر؛ ولأن الرسول ﷺ قد أقر كفالة أبي قتادة بدين الميت بإيجابه ولم ينقل قبول الطالب صاحب الحق في الدين.(٢)

وبرأي جمهور الفقهاء في انعقاد الكفالة بالإيجاب من الكفيل أخذ القانون الإردني حيث نصت المادة ٩٥١ على ما يلي «يكفي في انعقاد الكفالة ونفادها إيجاب

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٣، الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٦٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٣، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٧٢، ابن قدامة، المغني١/ ١٠٤٩، وزارة الأوقاف، الكويت، الموسوعة الفقهية ٣٤/ ٢٩٠.

الكفيل ما لم يردها المكفول له»

ثانياً: الكفيل:

الكفيل هو الذي يلزم نفسه بأداء ما على المدين من الحقوق المالية وشرطه أن يكون أهلاً للتبرع والتصرف في المال وهذا متحقق مع توافر الصفات التالية:

١-التكليف (العقل والبلوغ) فلا تصح كفالة الصبي والمجنون لحاجتهما إلى الولاية عليهما ولأنهما لا يدركان الأحكام الشرعية ومن كانت هذه حاله فلا يصح أن يكون كفيلاً لغيره.

٢-الاختيار يشترط في الكفيل أن يكون مختاراً فلا تصح كفالة المكره لأن الإكراه عيب من عيوب الإرادة.

٣-أن لا يكون محجوراً عليه، لأن الحجر يمنع المحجور عليه من التصرف في المال.

٤-الذكورة الذي عليه جمهور الفقهاء أن الذكورة ليست شرطاً يجب توافره في الكفيل وعليه فإنه يجوز للمرأة أن تكون كفيلة، لأن كل من لزمه الثمن في البيع والأجرة في الإجارة صح أن يكون كفيلاً والمرأة كذلك. ومذهب الإمام مالك جواز كفالة المرأة إذا لم تكن متزوجة، فإن كانت ذات زوج صحت كفالتها بثلث مالها، فإن زاد مقدار الكفالة على الثلث فإنها لا تلزم إلا بإذن الزوج[1].

هذا وقد نصت المادة ٩٥٢ من القانون الأردني على أنه يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع.

---

(١) انظر في شروط الكفيل: الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٨، الدردير، الشرح الصغير ٤/ ٦٦،٦٥،٦٢، العمراني، البيان ٦/ ٣٠٧، البهوتي، الروض المربع ص٣٧٥.

ثالثاً: المكفول عنه (الأصيل):

يشترط في المكفول عنه ما يلي:

١-القدرة على تسليم المكفول به:

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى اشتراط هذا الشرط وهو أن يكون المكفول عنه قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو نائبه «فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس... لأن وفاء الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عنه فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما لو كفل عن إنسان بدين ولا دين عليه وإذا مات مليئاً فهو قادر بنائبه»[١].

والذي عليه الصاحبان من الحنفية وجمهور الفقهاء أن القدرة على تسليم المكفول به ليست شرطاً في المكفول عنه استدلالاً بكفالة أبي قتادة رضي الله عنه لمن مات وعليه دين وإقرار الرسول ﷺ لهذه الكفالة؛ ولأن الموت لا ينافي بقاء الدين، لأنه مال حكمي فلا يحتاج بقاؤه إلى القدرة.[٢]

٢-أن يكون المكفول عنه معروفاً:

ذهب الحنفية المالكية والشافعية في وجه والحنابلة في قول إلى اشتراط أن يكون المكفول عنه معروفاً، وهذا يتحقق من خلال قول الكفيل أنا أكفل فلاناً، وعليه فلا تصح كفالة المجهول كأن يقول الكفيل للمكفول له إن بايعت أحداً من الناس فأنا كفيل؛ لأن الكفالة على هذا النحو ليست معروفة عند الناس، ولأن الكفيل متبرع للمكفول عنه فلا بد من معرفته بعينه ليعلم من هو وهل هو أهل لأن يسدى إليه المعروف أم لا ؟

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٨.

(٢) المرجع السابق، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٥٢.

ووجه القول الآخر الذي لا يشترط معه هذا الشرط هو أن الكفالة تبرع بالتزام فلا اعتبار لمعرفة من يتبرع عنه.[١]

٣-رضا المكفول عنه:

الذي عليه جمهور الفقهاء أن رضا المكفول عنه أو إذنه ليس شرطاً في الكفالة؛ لأن الرسول ﷺ رضي بكفالة أبي قتادة عن الميت ولا يتصور منه رضا أو إذن، ثم إن الكفالة التزام حق بغير عوض وهي تصرف في حق النفس فلا يحتاج إلى رضا، ولأن قضاء الدين بغير إذن صاحبه جائز فكذا الحال هنا.[٢]

رابعاً: المكفول له (الدائن):

لابد من توافر شروط في المكفول له على خلاف بين الفقهاء فيها ومن أهمها ما يلي:

١-حضور المكفول له مجلس العقد ورضاه:

لا يتم عقد الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد إلا بالإيجاب والقبول وعليه يلزم حضور المكفول له أو نائبه مجلس العقد والرضا بالكفالة لأنها عقد تمليك يعطى المكفول له حق مطالبة الكفيل بالوفاء بما التزم به ولا يتحقق هذا إلا بالإيجاب والقبول، ولو كان المكفول له غائباً عن مجلس العقد ثم بلغه خبر الكفالة فأجازه لا يصح إلا إذا قبله من كان حاضراً نيابة عنه[٣].

والذي عليه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والإمام أبي يوسف من الحنفية

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٦٩، الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٥، العمراني، البيان٦/ ٣١٢، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٤٩.

(٢) المراجع السابقة، الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٥٠، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٦١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٢، الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٥٠٣.

أن حضور المكفول له مجلس العقد ليس شرطاً في الكفالة، وأن رضاه ليس شرطاً لأنها تنعقد بالإيجاب ولا حاجة فيها إلى القبول كونها عقد التزام لا معاوضة يقول ابن قدامة «ولا يعتبر رضا المكفول له لأنها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة، ولأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه كالنذر»

ويستدلون كذلك بأن الرسول ﷺ أجاز وأقر كفالة أبي قتادة دون توقف على حضور صاحب الحق ورضاه.[١]

٢- كون المكفول له معروفاً:

ذهب الحنفية والشافعية في الأصح من الأقوال والقاضي من الحنابلة إلى اشتراط أن يكون المكفول له معلوماً فلا تصح الكفالة للمجهول، لأنها عقد توثيق فلا يصح إذا كان الموثق له مجهولاً لانعدام تحقق المقصد وقد علل الشافعية هذا الشرط (بأن الناس متفاوتون في استيفاء الدين تشديدا وتسهيلاً) ولا بد أن يكون الكفيل على بينة من أمره[٢].

وأما الحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن كون المكفول له معروفاً ليس شرطاً في الكفالة لأن حديث أبي قتادة دل على أن معرفة المكفول والمكفول عنه ليست شرطاً.[٣]

خامساً: المكفول به:

ذهب الفقهاء إلى اشتراط أن يكون المكفول به (الدين) ديناً صحيحاً لازماً حالاً أو مآلاً.

---

(١) العمراني، البيان ٦/ ٣١١، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٤٩، ١٠٦١، ابن ضويان، منار السبيل ٢/ ٣٦٣

(٢) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٥٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٧١، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٤٩، وزارة أوقاف الكويت.

(٣) ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٤٩.

لكنهم اختلفوا في كون الدين معلوم المقدار حيث ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى عدم اشتراط ذلك فصححوا الكفالة بالدين ولو كان مجهول المقدار كقول الكفيل للمكفول له أنا كفيل بمالك على فلان وكقوله ما أعطيته لفلان فهو عليّ أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الكفالة واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وحمل البعير ليس ثابت المقدار فهو قابل للزيادة والنقصان.

ثم إن الكفالة التزام حق في الذمة من غير معاوضة فتصح بالمجهول(١).

أما الشافعية في الجديد عندهم وهو ما عليه الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر فقد ذهبوا إلى القول بعدم صحة الكفالة إذا كان الدين مجهول المقدار لأنها التزام بمال فلا يصح بمجهول يقول صاحب مغني المحتاج «لأنها إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فأشبه البيع والإجارة فلا يصح ضمان المجهول ولا غير المعين لأحد»(٢).

ثم إن الالتزام بالمجهول فيه غرر نهى الشارع عنه فوجب أن يكون الدين معلوم المقدار حتى يكون الكفيل على بصيرة من أمره فلا يفاجأ بحمل ثقيل لا يتمكن من سداده وفاء بما ألزم به نفسه.

---

(١) الهروي، فتح باب العناية ٢/ ٤٩٩، الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٦٤، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٤٩.

(٢) الشربيني، الخطيب ٢/ ٢٧٤، وزارة أوقاف الكويت، الموسوعة الفقهية ٣٤/ ٣٠٢.

المطلب الخامس: الآثار المترتبة على عقد الكفالة

عقد الكفالة إذا كان منجزاً فإنه عقد لا زم في حق الكفيل لا يملك الخلاص منه. إلا ببراءة الذمة من الدين أو تنازل المكفول له عن حقه في الكفالة لأنها ليست لازمة في حقه فله فسخها أو التنازل عنها متى شاء، فأما إذا تم عقد الكفالة بتوافر أركانه وشروطه فإن ثمة آثار تترتب عليه وإليك البيان.

أولاً: حق مطالبة الدائن للكفيل أو المكفول عنه:

اتفق الفقهاء على أن للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين إذا عجز المكفول عنه عن السداد أو ماطل في ذلك واختلفوا في مطالبته مع قدرة المدين على السداد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: قول جمهور الفقهاء:

الذي عليه الحنفية والشافعية في المشهور عندهم والحنابلة ومالك في أحد قوليه والثوري والأوزاعي واسحق هو أن للدائن حق مطالبة كل من الكفيل والمكفول عنه بالدين في وقت واحد وله أن يطالب الكفيل إن شاء كما أن له أن يطالب المكفول عنه؛ لأن مقتضى عقد الكفالة هو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو في أصل الدين كما عرفنا من قبل، وهذا يعني بقاء ذمة كل من الكفيل والمكفول عنه مشغولة لصالح الطرف الثالث وهو الدائن المكفول له ما لم يشترط المدين براءة ذمته بالكفالة وعندها ينقلب العقد من كفالة إلى حوالة وفرق كبير بين العقدين [1].

ويستدل لحق مطالبة الدائن لكل من الكفيل والمكفول عنه بأن ذمة المكفول عنه

---

(١) الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ٥/ ١٢٨، الكاساني، بدائع الصنائع،٦/ ١٠، الحصيني، كفاية الأخيار، ١/ ١٧١، ابن قدامة، المغني، ١/ ١٠٥، ابن تيمية، مجموعة الفتاوى،٢٩/ ٥٥٠، ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/ ٢٩٦.

تبقى مشغولة بالدين ولا تبرأ إلا بسداده وهذا ما يستفاد من قوله ﷺ لأبي قتادة حين وفى دين الميت الذي كفله (الآن بردت جلدته)[١] .

وأما بالنسبة للكفيل فإن ذمته تنشغل بالكفالة ويطالب بالدين أخذا بقوله ﷺ (والزعيم غارم) [٢].

القول الثاني: قول المالكية:

الذي عليه المالكية في المشهور عندهم والشافعية في وجه أن الكفيل لا يطالب بالدين إلا إذا عجز المكفول عنه عن الدفع فالمالكية يرون أن الدائن لا يطالب الكفيل بالدين إذا كان متيسرا من المكفول عنه بأن يكون موسرا غير مماطل وأن يكون ماله حاضرا بل إن الكفيل عندهم لا يطالب بالدين ولو كان المكفول عنه غائبا إذا كان ماله حاضرا.

فإذا أعسر المكفول عنه أو أفلس فإن لصاحب الدين مطالبة الكفيل بالدفع لأنه معذور في هذا وقد حسن القرطبي هذا التفريق وإن قال بأن القياس هو جواز مطالبة الكفيل والمكفول عنه.

والمالكية يرون جواز اشتراط المكفول له (الدائن) مطالبة الكفيل والمكفول عنه كما أن له اشتراط تقديم الكفيل في المطالبة فإن حصل مثل هذا فالمسلمون عند شروطهم [٣].

---

(١) هذه الجملة وردت في رواية جابر لحديث أبي قتادة وهذه الرواية أخرجها الإمام أحمد وأبو داود والنسائي وغيرهم، انظر نيل الأوطار ٥/ ١٣٩.

(٢) كفاية الأخيار، ١/ ١٧٢.

(٣) الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٨، القرطبي، تفسير القرطبي ١١/ ٢٣٣، ابن رشد، بداية المجتهد ٢٩٦، الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٣/ ٤٣٩، الحصني، كفاية الأخيار ١/ ٢٧٨.

القول الثالث: قول الظاهرية وبعض الفقهاء:

الذي عليه الظاهرية وأبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة هو أن الكفيل وحده هو الذي يطالب بالدين لأن عقد الكفالة أسقط حق المكفول له في مطالبة المكفول عنه وأوجب مطالبة الكفيل والدليل على ذلك مايلي:

١-إن الكفالة والحوالة سواء فمن المحال الممتنع أن يكون مال واحد معدود محدود على شخصين في آن واحد لأن هذا يؤدي إلى حصول صاحب الحق المكفول له على دينه من الاثنين معا فيحصل له استرداد الدين مضاعفا ولا قائل بهذا.

٢-إن الرسول ﷺ لم يصل على الميت الذي ترك دينا ولم يترك مالا لسداده إلا بعد أن تكفل أبوقتادة بدينه وهذا يدل كما يقول ابن حزم على جواز ضمان دين الميت الذي لم يترك شيئا وعلى أن الدين يسقط عن المدين بالضمان[1].

ولكن يمكن الرد على ابن حزم ومن معه بأن الاستدلال بحديث أبي قتادة مردود بقوله ﷺ لأبي قتادة بعد أن وفى دين الميت-(الآن بردت عليه جلدته) وفي هذا يقول الشوكاني" فيه دليل على أن خلوص الميت من ورطة الدين وبراءة ذمته على الحقيقة ورفع العذاب عنه إنما يكون بالقضاء عنه لا بمجرد التحمل بالدين بلفظ الضمان" [2].

كما يمكن القول بأنه على فرض التسليم بسقوط الدين عن الميت وانتقال المسؤولية إلى الكفيل فإن ذلك إنما حصل للضرورة إذ لا سبيل إلى مطالبة الميت ثم إنه لم يترك شيئا يسدد منه الدين أما في حالة حياة كل من المكفول عنه والكفيل فالأمر يختلف فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة وهي تختلف عن الحوالة التي هي تحول

---

(١) ابن حزم، المحلى ٨/ ١٢٢، القرطبي، تفسير القرطبي ١١/ ٢٣٣، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٧٢.
(٢) الشوكاني، نيل الأوطار ٥/ ٢٣٩.

الحق من محله الذي هو ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه[١].

أما قولهم بأن مطالبة كل من الكفيل والمكفول عنه تؤدي إلى استرداد الدين مضاعفا فيرد عليه بأن الدين الذي على الكفيل هو نفسه الذي على المكفول عنه والذمتان مشغولتان به فإذا تم السداد من أحدهما فقد برئت ذمة الآخر لأن الاستيفاء لا يكون إلا من واحد ثم إنه يجوز تعلق الدين بمحلين على سبيل الاستيثاق كما يقول صاحب المغني[٢].

الرأي المختار:

الكفالة فيها تيسير على عباد الله ومن الناس من لا يستطيع الحصول على ما يحتاج إليه بدين إلا إذا قدم ضمانا به من كفالة أو رهن أو نحو ذلك.

والأصل أن الكفيل متبرع بكفالته فهو لا يلزم بها ابتداء لكنه إذا ألزم نفسه بشيء فقد وجب. وإن مطالبة الكفيل بالدين مع قدرة المدين على السداد وعدم مماطلته تؤدي إلى احجام كثير من الناس عن فعل الخير ومن ثم يؤدي إلى حرج يقع فيه كثير من المحتاجين الذين لا يتيسر أمر حصولهم على ما يريدون لفقدان الكفيل ولذلك فإنني أرى أن المشهور عند المالكية فيه تيسير على المدين من ناحية، ولا يضيع حق الدائن من ناحية أخرى؛ لأنه يعطيه حق مطالبة الكفيل بالدين إذا أفلس المدين أو أعسر أو ماطل في السداد.

وأرى أن قول جمهور الفقهاء مع وجاهته فيه ترجيح لمصلحة المكفول له وأن قول المالكية فيه مراعاة لمصلحة كل من المكفول له والمكفول عنه والكفيل والله أعلم.

---

(١) ابن قدامة، المغني ١/ ١٤٧.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير ٧/ ١٢٩، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٨، ابن قدامة، المغني ١/ ١٤٧.

القانون وحق المطالبة:

أخذ القانون الأرني برأي جمهور الفقهاء القاضي بحق مطالبة الدائن للكفيل أو للمكفول عنه أو مطالبتهما معا.

وهذا ما نصت عليه المادة٩٦٦ حيث جاء فيها ما يلي:

- للدائن حق مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا.
- وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما.
- على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين.

فرع: تعدد الكفلاء:

إذا تعدد الكفلاء ينظر فإن كفل كل واحد منهم المدين بعقد مستقل فإن للدائن حق مطالبتهم جميعا، أو مطالبة من شاء منهم بسداد الدين، فإذا قام أحدهم بالسداد فقد برئت ذمة الجميع.

وإن كانت الكفالة مشتركة بأن كفل أكثر من واحد الشخص المدين بما عليه من الدين ولم يكفل بعضهم بعضا فإن الدائن يطالب كل واحد بحصته من الدين فإن كفل بعضهم بعضا جاز له أن يطالب كل واحد بجميع الدين[1] ولتوضيح ذلك نقول إذا كفل ثلاثة مدينا بثلاثة آلاف درهم فإن الدائن يطالب كل واحد منهم بألف درهم في الحالة الأولى وبثلاثة آلاف درهم في الحالة الثانية، فإن دفع أحدهم الدين كاملا فإنه يرجع على الباقين نظرا لتضامنهم وكفالة بعضهم بعضا.

وجدير بالذكر أن للشافعية رأيا- وهو وجه في المذهب- في مسألة تعدد الكفلاء

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ٦/ ١٤، الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٣٠، الشربيني، مغني المحتاج٢/ ٢٠٨، ابن قدامة، المغني ٤/ ١٠٥، الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص٤٤٢.

صوبه السبكي وهو قائم على حق مطالبة كل كفيل بجميع الدين دون الإشارة إلى تضامن الكفلاء أو عدم تضامنهم[١]، وهذا يعني أن عقد الكفالة إذا كان مطلقا وتعدد الكفلاء فيه فإنه يعني تضامنهم.

موقف القانون من تعدد الكفلاء:

ما أخذ به القانون في مسألة تعدد الكفلاء لم يخرج عما جاء به الفقهاء بل هو اعتماد لما جاءوا به ويبدو واضحا من خلال نصوص مواد القانون المدني الأردني الآتية :

نص المادة ٩٧٤ " إذا تعدد الكفلاء لدين واحد جاز مطالبة كل منهم بكل الدين إلا إذا كفلوا جميعا بعقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم إلا بقد حصته".

نص المادة ٩٧٥ "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم"

نص المادة ٩٧٦ "تستلزم الكفالة بنص القانون أو بقضاء المحكمة عند إطلاقها تضامن الكفلاء".

فرع: هل تسقط مطالبة الكفيل بموته؟

الغاية من الكفالة هي الاستيثاق وطمأنينة صاحب الحق على حقه وهذا المعنى يقود إلى القول بأن الكفالة لا تسقط بموت الكفيل بل ينتقل حق المطالبة إلى تركته ولولا هذا لفقدت الكفالة معناها ومغزاها إذ إن الكفيل إنسان يتعرض للموت بين لحظة وأخرى فكيف يطمئن الدائن على حقه إذا لم يتعلق هذا الحق بالتركة؟

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٢٠٢٠٨.

ثم إن الكفالة بالدين إذا كانت مطلقة فإن الكفيل يضمن في الحال إذا كان الدين حالا، وبحلول الأجل إذا كان الدين مؤجلا؛ لأن الكفالة تتقيد بصفة الدين، وأما إذا كانت الكفالة مقيدة بأجل فإن الذي عليه فقهاء المذاهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الكفيل لا يطالب بسداد الدين لصاحبه قبل الأجل وكانت الكفالة بأمر المكفول عنه فإنه لا يستطيع الرجوع عليه قبل انقضاء الأجل ويعد متبرعا في الاسراع بعملية السداد.

والذي عليه فقهاء المذاهب الأربعة أن الأجل يسقط بموت من كان الأجل لصالحه، فإذا مات المدين سقط الأجل في حقه وأصبح الدين متعلقا بتركته وللدائن أن يأخذه من التركة ويبقى الكفيل على أجله وله في مثل هذه الحالة كما يقول المالكية مطالبة صاحب الدين "بتخليصه من ورطة الضمان كأن يقول له إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عني الضمان"[1].

وإن مات الكفيل سقط الأجل باتفاق الفقهاء وجاز للدائن المكفول له عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في قول أن يأخذ دينه من تركته التي آلت إلى الورثة وهؤلاء بدورهم يرجعون على المدين الأصلي المكفول عنه عند حلول الأجل إذا كانت الكفالة بأمره[2]. وهذا ما أخذ به القانون الأردني حيث نصت المادة ٩٧٣ " على أنه إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدائن المؤجل استحق الدين في تركة من مات".

---

(١) الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٩.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ٣، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٢٠٨، الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٩، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٤٧، الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ٤٤٩..

ثانياً: مطالبة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له بتبرئة ذمته:

مطالبة المكفول عنه:

اتفق الفقهاء على أنه ليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بسداد الدين في الحال إذا كان مؤجلا بحجة الرغبة في إبراء الذمة والتخلص من الكفالة لأن الأصل هو التزام الكفيل بكفالته.

لكن هل يجوز للكفيل مطالبة المكفول عنه بسداد الدين إذا حل الأجل؟

من المعروف أن الكفالة إما أن تكون بإذن المكفول عنه أو بغير إذنه. فإذا كانت بإذن المكفول عنه فالذي عليه الحنفية والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة في الأظهر من أقوالهم[(١)] هو جواز مطالبة الكفيل المكفول عنه بسداد الدين حتى تبرأ ذمته إذا طولب من صاحب الحق وهو الدائن، وإن لم يطالب صاحب الحق الكفيل فليس له حق مطالبة المكفول عنه الشأن في ذلك شأن الرجوع بالدين فإنه ليس للكفيل أن يرجع على المكفول عنه قبل الأداء.

وقد وافق المالكية الجمهور في القول بجواز مطالبة الكفيل للمكفول عنه لكنهم لا يشترطون – فيما اطلعت عليه من كتبهم- أن تكون مطالبة الكفيل موقوفة على مطالبة الدائن له.

وهذا موافق للمشهور عندهم وهو أن الدائن لا يطالب الكفيل بالدين مع قدرة المدين على الوفاء[(٢)].

وإذا كانت الكفالة بغير إذن المكفول عنه فليس للكفيل مطالبته بالسداد ذلك

---

(١) الكاساني، بدائع الصناع ٦/ ١١، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٢٠٩، الشيرازي، المهذب ١/ ٣٤٢، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٥٦، عبد البر، زكي، أحكام المعاملات في المذهب الحنبلي ص١٢٤.

(٢) الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٤٤٠، الاحسائي، تبيين المسلك ٤/ ٢٩.

أن الكفيل في مثل هذه الحالة متبرع بكفالته وذمته لم تشغل بأمر المكفول عنه عند الجمهور[١].

وللكفيل عند المالكية في مثل هذه الحالة تبرئة لذمته أو خوفا من إفلاس مطالبة المدين بسداد الدين لصاحبه إذا حل الأجل[٢].

مطالبة المكفول له:

بناء على أصل عدم جواز مطالبة الكفيل للمكفول عنه بسداد الدين قبل أن يطالب فقد ذهب الشافعية إلى القول بأنه ليس للكفيل أن يقول لصاحب الدين إما أن تبرئني من الحق وإما أن تطالبني به لأطالب المكفول عنه[٣].

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى القول بجواز مطالبة الكفيل لصاحب الحق بتخليصه من الكفالة إذا حل الأجل بأن يقول له إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عني الضمان.

موقف القانون من مطالبة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له:

نصت المادة ٩٨١ من القانون المدني الاردني على ما يلي:

" إذا استحق الدين، ولم يطالب الدائن المدين به فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً خرج الكفيل من الكفالة."

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥/ ٣١٤، ابن قدامة، المغني ٤/ ٦١٠، الشربيني، مغني المحتاج ٤/ ٢٠٩.

(٢) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ١٣٠.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٩.

ويلاحظ من خلال المادة:

إن القانون أخذ بشكل عام بالتوجه الفقهي الذي يرى أن أمر الكفالة لا يجوز أن يبقى معلقا إذا حل الأجل، وأن مصلحة الكفيل تتحقق ببراءة ذمته في الوقت المحدد حتى لا يتوقف الناس عن فعل الخير والتعاون على البر والتقوى، وأنه أخذ بشكل خاص برأي المالكية فيما يتعلق بطلب الكفيل للدائن القيام بمطالبة المدين بسداد دينه أو اسقاط الكفالة. مع ملاحظة إن الفقهاء لم يحددوا مدة بهذا الخصوص كما فعل القانون.

ثالثاً: رجوع الكفيل على المدين:

ذكر صاحب المغني أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الكفيل إذا قام بقضاء الدين غير قاصد للرجوع على المدين فإنه لا يرجع بما أداه سواء كانت الكفالة بإذن المدين أو بغير إذنه؛ لأنه فعله يعد عملا تطوعيا فأشبه الصدقة[1].

وأما إذا قام الكفيل بقضاء الدين قاصدا الرجوع به على المدين فهناك حالات هي:

الحالة الأولى: أن تكون الكفالة بإذن المدين ويكون الأداء بإذن منه وهنا يرجع الكفيل على المدين باتفاق الفقهاء لأن العلاقة بين الكفيل والمدين في معنى الاستقراض ولا يتحقق هذا المعنى بغير إذن[2] *.

(١) ابن قدامة المغني ٤/ ٦٠٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٣، الشيباني، تبيين المسالك٤/ ٢٧، ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٩٨، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٩، الشيرازي، المهذب ١/ ٣٤٢، ابن قدامة، المغني ٤/ ٦٠٤، الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ص٤٤٨.

(*) ذهب ابن حزم إلى القول بعدم رجوع الكفيل على المدين بما أداه عنه سواء أكانت الكفالة بإذنه أم بغير إذنه لأنه يرى أن عقد الكفالة يجعل الكفيل هو المطالب الوحيد بأداء الدين. أنظر المحلي ٨/ ١١٦

الحالة الثانية: أن تكون الكفالة بإذن المدين والأداء بغير إذنه وفي هذه الحالة يرجع الكفيل على المدين أيضا، لأن الإذن بالكفالة متضمن للإذن بالأداء، ولأن الكفالة نفسها تلزم الكفيل بالأداء.

وللشافعية في هذه الصورة قول مرجوح وهو أن الكفيل لا يرجع على المدين لأنه ليس مأذونا في الأداء عنه[١].

الحالة الثالثة: أن تكون الكفالة بغير إذن المدين وقضاء الدين بإذنه فللكفيل أن يرجع على المدين عند الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول ذلك أن الكفيل قد أسقط الدين عن المدين بأمره فيكون كالكفيل بإذن مسبق أو يكون كالمأمور بالدفع فيرجع على الآمر[٢].

وذهب الشافعية في الأصح من أقوالهم ... إلى أن الكفيل لا يرجع بما أداه لأن وجوب الأداء بسبب الضمان ولم يؤذن فيه[٣].

الحالة الرابعة: أن تكون الكفالة والأداء بغير إذن وفي هذه الحالة لا يرجع الكفيل على المدين بشيء عند الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية [٤]لأنه يعتبر متبرعا بقضاء الدين عن الغير فأشبه ما لو تبرع بإطعام غيره، ولأنه لا يجوز تمليك الدين لغير من عليه الدين وليس بالإمكان إثبات الدين في ذمة المطلوب منه بغير رضاه.

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير ٧/ ١٨٩، القرافي، الذخيرة ٩/ ٢٠٣، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٩، ابن قدامة، المغني١/ ١٠٥٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٦/ ١٣، ابن الهمام، فتح القدير ٧/ ١٩٠، ابن قدامة، المغني ١/ ١٠٥٥، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٩.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٩. الشيرازي، المهذب ١/ ٣٤٢.

(٤) ابن الهمام، فتح القدير ٧/ ١٨٩، الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٩، ابن قدامة، المغني ٤/ ٦٠٨ ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٥٤٦. الخفيف، المعاملات الشرعية الحديثة ص١٩٥.

وقد استدل لهذا الرأي أيضا بحديث أبي قتادة رضي الله عنه ووجه الدلالة فيه أن الكفيل لو كان يستحق الرجوع بالدين لكان الدين له ولكانت ذمة الميت مشغولة به ولما صلى عليه النبي ﷺ. وذهب المالكية والحنابلة في المشهور عندهم إلى أن الكفيل يرجع على المدين بما أداه عنه في مثل هذه الحالة ويعلل صاحب المغني هذه الرواية عند الحنابلة بقوله " إنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عند امتناعه ورد على الاستدلال به بحديث أبي قتادة بقوله :" فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قصدا لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بأنه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع[1].

المطلب السادس: زوال آثار الكفالة المالية

قلنا إن الكفالة عقد لازم في حق الكفيل لا يستطيع التخلص منه وإزالة آثاره إلا ببراءة الذمة التي لا تتحقق إلا بواحدة مما يلي:

أداء الدين:

إذا أدي الدين إلى صاحبه سواء كان الأداء من الكفيل أم من المدين فإن الكفالة تنتهي لأن الدين سبب لها ولا بقاء للشيء بعد زوال سببه.

ويلحق بالأداء هبة صاحب الدين المال من الكفيل أو المدين لأن الهبة في منزلة الأداء، وكذلك موت الدائن وانحصار تركته في المدين أو الكفيل لأنه بالميراث يملك ما في ذمته، فإن كان الوارث هو الكفيل فإنه يحل محل الدائن ويملك ما في ذمته كما لو ملكه بالأداء فيرجع على المدين، وإن كان الوارث هو المدين فإنه يكون قد ملك الدين وأصبح مالا له فيبرأ الكفيل لعدم وجوب المطالب.

---

(١) ابن قدامة، المغني ٤/ ٦٠٩، عبد البر، زكي، أحكام المعاملات في المذهب الحنبلي ص١٢٧.

الإبراء:

إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة فإن ذمته تبرأ وتزول آثارها لأن الكفالة حق لصاحب الحق وهو الدائن فتسقط بإسقاطه.

وكذلك إذا أبرأ المدين من الدين فإن هذه البراءة تسقط الدين والكفالة معاً فإن كان الكفيل واحدا بريء وإن تعدد الكفلاء برئوا جميعا لأن الكفالة وثيقة للدين فتزول بزواله.

ويلاحظ أن الفقهاء منفقون على أن إبراء الكفيل من الكفالة يزيل الكفالة ولا يسقط الدين لأن الكفالة تبع فلا يؤثر على الأصل وهو الدين ولأنها وثيقة انحلت بالبراءة من غير استيفاء الدين.

وإن إبراء المدين من الدين مسقط له ومزيل للكفالة لأنها تبع والتابع تابع؛ ولأن مطالبة الكفيل مرتبطة ببقاء الدين على المدين فإن زال بإبراء صاحبه زال ما ارتبط به وهو الكفالة.

المصالحة على دين:

إذا صولح الدائن على الدين سواء كانت المصالحة على جنس الدين أم على غير جنسه فإن الكفالة تنتهي بهذا الصلح.

الحوالة:

إذا أحال الكفيل الدائن بمال الكفالة على رجل آخر وقبل الدائن الحوالة فإن الكفيل يبرأ من كفالته وكذلك إذا أحال المدين الدائن بمال الكفالة على رجل آخر وقبل الدائن فإن الكفالة تنتهي وتنتهي معها مطالبة الكفيل والمدين بالدين لأن الحوالة نقل ذمة إلى ذمة وهي مبرئة من الدين والمطالبة به.

سقوط الدين:

تنتهي الكفالة بسقوط الدين كما لو كانت الكفالة بثمن المبيع وانفسخ البيع بخيار الرؤية أو بظهور عيب من المبيع أو باستحقاقه ففي هذه الحالة يبرأ الكفيل من الكفالة لأن فسخ البيع سبب في اسقاط الدين والكفالة من أجله فتنتهي بانتهائه وكذا الحال في استحقاق المبيع فإن الثمن يكون غير واجب على المشتري والكفالة لا تكون إلا بدين ثابت(١).

زوال آثار الكفالة في القانون:

جاءت المواد ٩٨٧-٩٩٢- من القانون المدني الأردني مبينة للحالات التي تنتهي فيها الكفالة وهي الحالات نفسها التي قال بها الفقهاء من قبل وإليك البيان:

المادة (٩٨٧) : تنتهي الكفالة بأداء الدين أو تسليم المكفول به وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين .

المادة (٩٨٨) : الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة إذا انفسخ البيع أو أستحق المبيع أو رد بعيب.

المادة (٩٨٩) : إذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على قدرٍ من الدين برئت ذمتهما من الباقي فإذا اشترطت براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار إن شاء أخذ القدر المصالح عليه من الكفيل والباقي من الأصيل وإن شاء ترك الكفيل وطالب الأصيل بكل الدين.

---

(١) انظر هذه الأسباب: الكاساني، بدائع الصنائع٦/ ١٢،١١، ابن الهمام، فتح القدير ٧/ ١٩٣، الشيباني، تبيين المسالك ٤/ ٢٦ الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٨، ابن قدامة، المغني ٤/ ٦٠٤، عبد البر، زكي، أحكام المعاملات في المذهب الحنبلي ص٤٤٩، الزحيلي، وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته ص١٥٣.

المادة (٩٩٠) : إذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين برئ الكفيل من الكفالة فإن كان له وارث آخر برئ الكفيل من حصة المدين فقط.

المادة (٩٩١) : لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة إلا عن الالتزامات المترتبة في مدة الكفالة.

المادة (٩٩٢) :

١ – إذا أحال الكفيل أو الأصيل الدائن بالدين المكفول به أو بجزءٍ منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه برئ الأصيل والكفيل في حدود هذه الحوالة.

٢ – وإذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط برئ وحده دون الأصيل.

المبحث الثالث

الحوالة

المطلب الأول: تعريف الحوالة

الحوالة لغة:

بفتح الحاء كسحابة مشتقة من التحويل بمعنى الانتقال، وقد تأتي بالكسر لكن الفتح أفصح نقول حال عن العهد إذ انتقل عنه.

وتحول الرج عن مكانه إلى مكان إذ انتقل إلى غيره وأحال الغريم إذا زجاه عنه إلى غريم آخر.

يقال: أحلت فلاناً على فلان بدراهم أحيله إحالة وإحالاً[١].

الحوالة اصطلاحاً:

عرفت الحوالة عند الفقهاء بتعريفات متقاربة في الألفاظ والمعاني منها ما يلي:

- نقل دين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه[٢].
- نقل الدين والمطالبة به من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم[٣].
- نقل دين بمثله من ذمة إلى أخرى[٤].
- عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[٥].

---

(١) لسان العرب، القاموس المحيط مادة حول، فتح الباري ٦/ ٣٥٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٨/ ٣.

(٣) فتح القدير ٧/ ٢٢١، حاشية ابن عابدين ٨/ ٣- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٤١٠.

(٤) تبيين المسالك لتدريب السالك ٤/ ١٧.

(٥) مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣.

وقد عرفها أستاذنا الشيخ مصطفى الزرقا بأنها: عقد موضوعه نقل المسؤولية بالدين من المدين الأصلي إلى غيره[١].

تعريف القانون المدني:

عرفت الحوالة في القانون المدني الأردني في المادة ٩٩٣ بما يلي:

"الحوالة نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه".[٢].

والذي أميل إليه من التعاريف هو ما ذهب إليه ابن عابدين وهو أن الحوالة نقل للدين والمطالبة به لأن نقل الدين دون المطالبة به لا معنى له وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته أن الزيلعي نسب هذا التعريف إلى أبي يوسف القاضي[٣].

المطلب الثاني: مشروعية الحوالة

الحوالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن السنة ما ورد في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "مطل الغني ظلم، فإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع"[٤] وفي رواية أخرى عند البخاري قوله ﷺ "مطل الغني ظلم، ومن اتبع على ملئ فليتبع"[٥].

---

(١) المدخل الفقهي العام ٦/ ٤٥٣.

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢/ ٦٣٦ أن تعريف الحوالة مستمد من القول المصحح عند الحنفية ويتميز هذا التعريف ببيان أن الحوالة ناقلة للدين والمطالبة به.

(٣) حاشية ابن عابدين ٨/ ٣.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري واللفظ –كتاب الحوالة باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة ٦/ ٣٥٥، صحيح مسلم شرح النووي كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة ١٠/ ٤٨٦.

(٥) اتبع فليتبع بتسكين التاء في الكلمتين مثل اخرج فليخرج وقد نقل القول بتشديد التاء والأول هو المشهور والصواب.
يقال تبعت الرجل بحقي اتبعه وأنا له تبيع وفي قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ لَا تَجِدُوا لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِۦ تَبِيعًا ﴿٦٩﴾ ﴾ [الإسراء: ٦٩]، كل ذلك بالتخفيف– انظر شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/ ٤٨٦، تبيين المسالك ٤/ ١٨.

ما ورد في حديث سلمة بن الأكوع قال: "كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتى بجنازة فقالوا: صل عليها. فقال: هل عليه دين؟ قالوا: لا. قال: فهل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. فصلى عليه.. ثم أتى بالثالثة فقالوا: صل عليها. قال: ترك شيئاً، قالوا: لا. قال: فهل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير، قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعليّ دينه. فصلى عليه"(١).

إن وجه الدلالة في الحديث الأول واضح في مشروعية الحوالة وجوازها. وأما وجه الدلالة في الحديث الثاني فقد ترجم لهذا الباب بالحوالة وحديث سلمة في الضمان لأن الحوالة والضمان كما يرى أبو ثور وغيره ينتظمان في كون كل منهما نقل ذمة رجل إلى ذمة رجل آخر. يقول ابن حجر: "والضمان في هذا الحديث نقل ما في ذمة الميت إلى ذمة الضامن فصار كالحوالة سواء"(٢).

والناظر في قول أبي قتادة يرجح معنى الحوالة على معنى الكفالة لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالدين ومع موت المدين لا يتحقق معنى الضم فيبقى معنى نقل الذمة قائماً وهذا هو معنى الحوالة والله أعلم.

وأما دليل الإجماع على مشروعية الحوالة فهو مأخوذ من اتفاق الفقهاء على جوازها على خلاف بينهم فيما يترتب عليها من براءة المحيل من المطالبة أو عدم براءته كما سنرى بإذن الله.

وأما المعقول فإن عقد الحوالة فيه تيسير على الناس وتحقيق مصلحة لأطراف متعددة دون إحداث ضرر والشريعة جاءت بمراعاة المصالح وما كان هذا شأنه فهو جائز شرعاً وعقلاً.

---

(١)البخاري مع فتح الباري، كتاب الحوالة باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ٦/ ٣٥٦.

(٢) فتح الباري ٦/ ٣٥٦.

المطلب الثالث: توصيف عقد الحوالة

اختلف الفقهاء في توصيف عقد الحوالة على قولين:

الأول: أن الحوالة بيع دين بدين، وهي رخصة مستثناة من بيع الدين بالدين، وجاز تأخير القبض فيها لأنها عقد موضوع على الارتفاق وهذا القول هو الأصح عند الشافعية كما يرى الإمام النووي وقول عند الحنابلة وبه أخذ المالكية(١).

ووجهة نظر أصحاب هذا القول أنها إبدال مال بمال، ولأن كل واحد يملك بالحوالة ما لم يملك أصلاً فكأن المحيل باع المحتال دينه الذي في ذمة المحال عليه بما للمحتال من دين في ذمة المحيل.

ثم إن البيع كما يقول العمراني صاحب البيان "ضربان ضرب بلفظ البيع فيدخله الربح والفضل والمغابنة، وضرب منه بغير لفظه فيكون القصد منه الرفق فلا يدخله الفضل والمغابنة"(٢).

الثاني: أن الحوالة عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره وهذا قول عند الشافعية وهو الصحيح عند الحنابلة(٣).

ووجهة نظر أصحاب هذا القول هو أن لفظ الحوالة مشعر بالتحويل لا بالبيع، فكأن صاحب الدين -المحتال- قد استوفى ما على المدين -المحيل- وأقرضه المحال عليه وقد استدل صاحب البيان لهذا بقوله ﷺ: "فإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع".

ووجه الاستدلال أن الحديث ندب إلى الحوالة والبيع مباح لا مندوب إليه وأن

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣، فتح الباري ٦/ ٣٥٥، منتهى الإرادات ٢/ ٢٤١، بداية المجتهد ٤/ ١٤٧٧.

(٢) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٦/ ٢٧٩.

(٣) الحاوي ٦/ ٤٢٠، منتهى الإرادات ٢/ ٤٤١.

المندوب هو الرفق ثم إن الحوالة لو كانت بيعاً لدخل فيها الفضل ولما صحت بالدين ولما جاز فيها التفرق قبل القبض لأنها بيع مال الربا بجنسه[١].

المطلب الرابع: مقومات عقد الحوالة

عقد الحوالة كغيره من العقود لا يتحقق وجوده إلا بتوافر أركانه وشروطه وقد عبرت عن الأركان والشروط بالمقومات تجنباً للخلاف المشهور بين الحنفية وغيرهم في تعريف كل من الركن والشرط، وعليه فإن مقومات عقد الحوالة ما يلي:

الصيغة:

وصيغة عقد الحوالة هي الإيجاب من المحيل والقبول من المحال والمحال عليه، فإن قال المدين المحيل للدائن: أحلتك بمالك علي على فلان المحال عليه فقبل المحال والمحال عليه فقد تحقق ركن الحوالة[٢].

لكن هل يعد رضى الأطراف الثلاثة من شروط صحة الحوالة؟ مسألة فيها خلاف بين الفقهاء كما سنرى بإذن الله.

المحيل "وهو المدين الذين تعلق بذمته دين للغير"

ويشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل راضياً بالحوالة، وأن لا يكون مكرهاً عليها، لان الحوالة إبراء فيها معنى التمليك فتفسد بالإكراه ولأن الحق عليه فلا يتعين عليه جهة قضائه.

هذا ما عليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[٣].

---

(١) البيان ٦/ ٢٨٧.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٥. تبيين المسالك ٤/ ١٨.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٦، تبيين المسالك ٤/ ١٧، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣، المغني ٧/ ٥٦، منتهى الإرادات ٤٠/ ٤١.

وقد نقل صاحب المغنى الإجماع على هذا الشرط بقوله "يشترط رضى المحيل بلا خوف فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه"(١).

فالمحيل هو الذي عليه الدين ونقله إلى ذمة غيره لا يكون إلا برضاه "لأن الحق إذا لزمه فالمستحق عليه أداؤه لأنقله؛ ولأنه لو سئل نقل الحق إلى عين يعطها بدلاً من الحق لا يلزمه وكذا الحال لو سئل نقله من ذمة إلى ذمة أخرى"(٢).

وقد ذهب صاحب الهداية من الحنفية إلى القول بأن رضى المحيل ليس شرطاً(٣) وأن الحوالة تصح بدون رضاه لأن الالتزام بالدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمدين المحيل لا يتضرر به لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره. وقد عقب صاحب فتح القدير على هذا القول بقوله: "وقول ابن قدامة إن رضى المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح"(٤) ثم ذكر صورة هذه المسألة بقوله "وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها علي فرضى الطالب وأجاز صحة الحوالة"(٥) وهذا ما ذهب إليه ابن عابدين في حاشيته واختاره(٦).

والذي أميل إليه أن رضى المحيل شرط في صحة الحوالة لوجاهة ما قاله أصحاب هذا الرأي ودفعاً لمنة الآخرين على المدين مستقبلاً، ولأن ما يتعلق بالذمة لا ينزع منها ولا يدخل إليها إلا برضى واختيار.

---

(١) المغني ٧/ ٥٦.
(٢) الحاوي ٦/ ٢١٨.
(٣) الهداية مع فتح القدير ٧/ ٢٢٣.
(٤) فتح القدير ٧/ ٢٢٣.
(٥) فتح القدير ٧/ ٢٢٣.
(٦) حاشية ابن عابدين ٨/ ٥.

المحال له -المحتال- وهو الدائن صاحب الحق:

إن رضى المحال شرط لصحة الحوالة؛ لأن الدين لما كان ينتقل بالحوالة وكانت الذمم متفاوتة من حيث قيام أصحابه بالدفع أو المماطلة فإن رضى صاحب الدين يكون شرطاً للحوالة على رأي جمهور الفقهاء، وعليه فإن أكره على قبول الحوالة فإنها لا تصح؛ لأن حقه ثابت في ذمة المحيل فلا ينتقل إلى غيره إلا برضاه[١].

يقول الماوردي في تعليل شرط رضى المحال "ولأن ما ثبت في الذمة قد يكون تارة سلماً وتارة ديناً فلما لم يلزم قبول الحوالة في السلم لم يلزم قبول الحوالة في الدين"[٢].

وأما الحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن رضى المحال ليس شرطاً معتبراً في صحة الحوالة وهذا ما ذهب إليه داود وابن حزم الظاهري وأبو ثور[٣] يقول صاحب المغني: "إذا كانت على ملئ المحتال والمحتال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما لظاهر الحديث؛ ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحال القبول"[٤].

والذي يبدو لي أن من أخذ بظاهر قوله ﷺ: "وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع" وحمله على الوجوب لم يشترط رضى المحال وهذا ما عليه الحنابلة وداود وابن حزم ومن حمل ظاهر الحديث على الاستحباب اشرط رضى المحال وهذا ما عليه الحنفية والمالكية والشافعية[٥].

---

(١) فتح القدير ٧/ ٢٢٢، بدائع الصنائع ٦/ ١٦، التهذيب في اختصار المدونة ٤/ ٤٣، روضة الطالبين ٣/ ٤٦٢.

(٢) الحاوي ٦/ ٤١٨.

(٣) الحاوي ٦/ ٤١٨، المحلى ٥/ ١٠٨.

(٤) المغني ٧/ ٦٢، وانظر: منتهى الإرادات ٢/ ٤٢١، الفروع ٤/ ٢٥٨.

(٥) المراجع السابقة، تبيين المسالك ٤/ ١٩، بداية المجتهد ٤/ ١٤٧٧.

المحال عليه "وهو من انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمته":

ذهب الحنفية إلى القول باشتراط رضى المحال عليه لصحة الحوالة وأنه لا يكره عليها؛ لأن الدين يلزمه ويطالب بسداده والعمل على الوفاء به ولا لزوم بدون التزام حتى لو كان المحال عليه مديناً للمحيل، لأن الناس متفاوتون في التعامل وكيفية القضاء عسراً ويسراً(١). وهذا قول عند الشافعية ذهب إليه أبو إبراهيم المزني، وأبو عبد الله الزبيري، وأبو حفص بن الوكيل وغيرهم؛ لأن من كان وجوده في الحوالة شرطاً كان رضاه فيها شرطاً كالمحيل والمحتال(٢).

أما الذي عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في ظاهر المذهب والحنابلة هو أن رضى المحال عليه ليس شرطاً في الحوالة(٣).

غير أن المالكية قد اشترطوا أن لا تكون عداوة بين المحال عليه والمحال(٤).

وكذلك فإن الشافعية قد أوضحوا المسألة بقولهم إن رضى المحال عليه ليس شرطاً إذا كان عليه دين للمحيل، وإذا لم يكن عليه دين فإن الحوالة لا تصح إلا برضاه وقيل إنها لا تصح على من لا دين عليه(٥).

وكذا الحال عند الحنابلة فإنهم لا يشترطون رضى المحال عليه في الحوالة إذا كانت على مليئ "لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه"(٦).

---

(١) فتح باب العناية بشرح الوقاية ٢/ ٥٠٩، بدائع الصنائع ٦/ ١٦.

(٢) الحاوي ٦/ ٤١٨.

(٣) تبيين المسالك ٤/ ١٧، المعونة ٢/ ١٢٢٩، روضة الطالبين ٣/ ٤٦٢، البيان ٦/ ٢٨٢، الروض المربع ١/ ٣٧٧، المغني ٧/ ٦٠.

(٤) تبيين المسالك ٤/ ١٧.

(٥) مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣، روضة الطالبين ٣/ ٤٦٢.

(٦) الروض المربع ١/ ٣٧٧، وانظر منتهى الإرادات ٢/ ٤٤١.

شرط الرضى في قانون المدني الأردني:

نصت المادة ٩٩٦ من القانون على ما يلي:

- يشترط لصحة الحوالة رضى المحيل والمحال والمحال عليه.
- تنعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له.

يلاحظ أن القانون قد اشترط لصحة الحوالة الرضى من قبل أطرافها الثلاثة المحيل والمحال والمحال عليه وهو بهذا الشرط يكون قد أخذ بما عليه المذهب الحنفي.

محل الحوالة –المحال به:

اشترط الحنفية أن يكون المحال به ديناً؛ لأن الحوالة نقل ما في الذمة وما في الذمة هو الدين جاء في فتح القدير: (إنما خصت بالدين لأن النقل الذي تضمنه[1] نقل شرعي وهو لا يتصور في الأعيان بل المتصور فيها النقل الحسي، فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين"[2].

واشترطوا أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم، والأصل عندهم أن ما لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة"[3].

لكنهم لم يشترطوا لصحة الحوالة وجود دين للمحيل على المحال عليه فهم يصححون الحوالة سواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة[4].

---

(١) إشارة إلى حديث الحوالة.

(٢) فتح القدير ٧/ ٢٢٢.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٦.

(٤) فتح القدير ٧/ ٢٢٢، الحوالة المطلقة أن يكون لإنسان على آخر دين فيحيل عليه دون تقييد بالدين الذي عليه –انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٦. =

وقد اشترط المالكية لصحة الحوالة وجود دين للمحيل على المحال عليه فإذا لم يوجد دين على المحال عليه ورضي بالحوالة، فإنها تكون كفالة، لأن حقيقة الحوالة بيع الدين الذي على المحال بالدين الذي للمحيل، وتحول الحق من ذمة إلى ذمة وذلك يوجب أن يكون هناك ديناً تحصل الحوالة به.

كما اشترطوا في الدين أن يكون لازماً وأن يكون دين المحال حالاً لأنه إذا لم يكن كذلك كان بيع دين بدين، واشترطوا كذلك أن يكون الدين المحال به مساوياً للدين الذي على المحال عليه قدراً ووصفاً، لأن الاختلاف في أحدهما إذا وقع كانت العملية عملية بيع فتدخل في باب بيع دين بدين(١).

وأما الشافعية فقد قالوا أيضاً باشتراط وجود دين على المحال عليه وأن يكون هذا الدين لازماً مستقراً(٢). فإن كان غير لازم فإن الحوالة لا تصح لأن مالم يجب قبل الحوالة لا يكون واجباً بعدها.

لكن الحوالة لو جرت على هذا النحو بمعنى أنها كانت على من لا دين عليه فإنها لا تصح ما لم يقبل المحال عليه، وأما إذا قبل فوجهان عندهم أحدهما لا تصح وهو قول أكثر الأصحاب وظاهر كلام المزني لان الحوالة معاوضة، ولأنها لو

= وقد نصت المادة (٩٩٥) من القانون المدني الأردني على ما يلي:

- أن تكون الحوالة مقيدة أو مطلقة.
- والحوالة المقيدة هي التي تقيد بأدائها من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه أو العين التي في يده أمانة أو مضمونة.
- والحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بشيء من ذلك ولو كان موجوداً.

(١) التهذيب في اختصار المدونة ٤/ ٤٣، بداية المجتهد ٤/ ١٤٧٨، تبيين المسالك ٤/ ١٧، المعونة ٢/ ١٢٢٨.

(٢) الدين اللازم المستقر مثل أروش الجنايات، وقيم المتلفات، وأثمان المقبوض في عقود المعاوضة والدين غير اللازم، والمستقر مثل مال الجعالة ودين السلم والمهر قبل الدخول، وثمن المبيع في مدة الخيار انظر الحاوي ٦/ ٤١٩، الفروع ٤/ ٢٥٧.

كانت على من له دين غير لازم لا تصح فلأن لا تصح على من لا دين عليه أولى.

والآخر إن الحوالة تصح، لأن المحال عليه إذا قبلها صار كأنه قال لصاحب الحق -المحال- أسقط حقك وأبرئه وعلي عوضه ولو قال ذلك لزمه(١).

وقد ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه المالكية والشافعية حيث اشترطوا وجود دين للمحيل على المحال إليه وأن يكون ديناً لازماً حالاً وأن يكون تماثل بين دين المحال ودين المحال عليه جنساً وصفة لأن الحوالة تحويل ونقل فينتقل الدين على صفته(٢).

ما عليه القانون:

نصت المادة "٩٩٧" على ما يلي:

"يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال عليه ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل فإذا رضي بالحوالة لزمه الدين للمحال له".

ويلاحظ من نص المادة أن القانون اشترط في المحال أن يكون له دين على المحيل لكنه نص بوضوح على أن وجود دين على المحال عليه للمحيل ليس شرطاً في صحة الحوالة وأن المحال عليه إذا رضى بالحوالة فقد لزمه الوفاء بالدين.

وعليه فإن القانون قد أخذ برأي الحنفية وبوجه عند الشافعية في هذه المسألة.

ومن جهة أخرى فقد جاء القانون موافقاً لما عليه العمل عند الفقهاء حيث اشترط في المال المحال به أن يكون معلوماً وأن يكون مساوياً لمال المحال جنساً وقدراً وصفة وقد نصت الفقرة(٥) من المادة (١٠٠٠) على اشتراط ما يلي:

"أن يكون المال المحال به على المحال عليه في الحوالة المقيدة ديناً أو عيناً لا

---

(١) البيان ٦/ ٢٨٦، الحاوي ٦/ ٤١٩.

(٢) المغني ٧/ ٥٧، الروض المربع ص٣٧٦.

يصح الاعتياض عنه، وأن يكون كلا المالين متساويين جنساً وقدراً وصفة".

المطلب الخامس: الآثار المترتبة على عقد الحوالة

الأصل في الحوالة إذا توافرت شروطها وأركانها أن تترتب عليها آثارها كغيرها من العقود سواء بسواء. لأن العقود لم ترد لذاتها وإنما لما يترتب عليها من آثار.

والآثار المترتبة على الحوالة متعددة منها ما يتعلق بالمحيل ومنها ما يتعلق بالمحال له ومنها ما يتعلق بالمحال عليه وسأجمل هذه الآثار على النحو التالي:-

براءة المحيل:

إذا انعقدت الحوالة صحيحة فإن ذمة المحيل تبرأ من الدين الذي عليه للمحال له ويتحول حقه إلى ذمة المحال عليه في القول الصحيح عند الحنفية[1].

وما ذهب إليه الحنفية هو ما قال به المالكية والشافعية والحنابلة[2].

وتتلخص وجهة نظر القائلين ببراءة المحيل مما عليه في أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل والشيء إذا انتقل لا يبقى في محله.

لكن القائلين ببراءة ذمة المحيل في عقد الحوالة اختلفوا في كون البراءة مطلقة أم مقيدة على النحو التالي:-

رأي الحنفية:

يرى الحنفية أن براءة المحيل من ذمة المحال له مقيدة ومشروطة بعدم التوى والتوى هو الهلاك ويكون كما يرى أبو حنيفة بشيئين:-

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٧، البحر الرائق ٦/ ٤١٩.

(٢) تهذيب المدونة ٤/ ٢٤٣، المعونة ٢/ ١٢٢٨، روضة الطالبين ٣/ ٤٦٦، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣، المغني ٧/ ٦٠، منتهى الإرادات ٢/ ٤٤٣.

- أن يموت المحال عليه مفلساً.
- أن يجحد المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحال له.

وزاد الصاحبان أبو يوسف ومحمد شيئاً ثالثاً وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضي القاضي بإفلاسه.

وفي مثل هذه الحالات يرجع المحال له على المحيل بالدين الذي له.

وقد علل الحنفية ما ذهبوا إليه بما يلي:

١-ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل وقال: لا توى على مال امرئ مسلم. وقد روي عن شريح مثل ذلك ولم ينقل عن الصحابة خلافه فكان إجماعاً.

٢-إن الحوالة مقيدة بسلامة حق المحال له والتوصل إلى استيفائه من المحال عليه وإلا بطلت كما هو الحال في اشتراط وصف السلامة في المبيع.

٣-إن دين المحال له كان ثابتاً في ذمة المدين المحيل قبل الحوالة والأصل أنه لا يسقط إلا بالقضاء، غير أنه الحق الإبراء بالقضاء من حيث سقوط الدين به. والحوالة ليست قضاء ولا إبراء فيبقى الدين قائماً ومتعلقاً بذمة المحيل، وبالحوالة ينتقل حق المطالبة إلى المحال عليه إلى حين التوى الذي يتحقق معه العجز عن الوفاء وعندها يرجع بالمطالبة إلى المحيل حتى لا يضيع الحق.

٤-إن الحديث النبوي الشريف علق الحكم في الحوالة على شرط الملاءة والقدرة وهذا الشرط لم يتحقق لفواته بالموت أو الحجود أو الإفلاس[1].

وقد نقل القول بالرجوع على المحيل إذا أفلس المحال عليه أو مات عن القاضي شريح والإمام الشعبي كما نقل القول بالرجوع على المحيل إذا أفلس المحال عليه

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٨، فتح القدير ٧/ ٢٢٦، فتح باب العناية ٢/ ٥٠٩.

عن الإمام الليث بن سعد[١].

رأي المالكية وابن حزم الظاهري:

يرى المالكية أن المحال له لا يرجع على المحيل في الحوالة الصحيحة ولو جحد المحال عليه الحوالة أو مات أو أفلس حين الحوالة أو بعدها. لكن عدم الرجوع في مثل هذه الحالة مشروط بعدم علم المحيل يقول الإمام مالك "الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل بدين عليه أنه إن أفلس الذي أحيل عليه، أو مات فلم يدع وفاء فليس للمحتال على الذي أحاله شيء، وأنه لا يرجع على صاحبه الأول"[٢].

فالأصل عند المالكية إذن عدم الرجوع على المحيل لكن روى ابن القاسم وغيره عن الإمام مالك أن المحيل إذا كان يعلم إفلاس من أحال عليه وغرر المحال له بالحوالة فإن المحال له يرجع على المحيل للغرر الذي لحق به[٣].

وقد علل المالكية ما ذهبوا إليه بما يلي:

١- إن الحوالة بمنزلة الإبراء والقبض؛ لأن المطالبة بالدين تسقط معها فلا رجوع للمحال له بعد جريان الحوالة.

٢- أما في حالة التغرير فإن للمحال حق الرجوع بماله على المحيل لأمرين:

الأول: ثبوت أن المحال عليه ليس مليئاً واختلال شرط الحوالة.

الآخر: أن إبراء المحال له للمحيل مشروط ضمناً بأن يكون المحيل عالماً بسلامة ذمة من يحيل عليه وإذا غره كان له الرجوع لأن قصد إتلاف ماله[٤].

وقد ذهب ابن حزم إلى ما ذهب إليه المالكية مستدلاً بأن الرسول ﷺ أمر المحال

---

(١) الاستذكار ٦/ ٢٤٤.
(٢) الاستذكار ٦/ ٢٢٣.
(٣) المرجع السابق، المعونة ٢/ ١٢٢٧.
(٤) المعونة ٢/ ١٢٢٨.

له بإتباع المحال عليه فلا يجوز له إتباع غيره.

أما في حالة قيام المحيل بعلمه أو بدون علمه الإحالة على غير مليء فإن شرط الحوالة لم يتحقق فتكون فاسدة لأنها لا تجوز إلا على مليء بالنص وبالتالي فإن حق المحال له باق في ذمة المحيل[١].

رأي الشافعية والحنابلة:

يرى الشافعية والحنابلة أن الحوالة إذا عقدت صحيحة فإن المحيل يبرأ من دين المحال له ويبرأ المحال عليه من دين المحيل كذلك براءة مطلقة حتى لو أفلس المحال عليه أو جحد الحوالة وحلف على ذلك أو تعذر استيفاء الحق منه[٢].

وقد استدلوا لقولهم هذا بما يلي:-

-ما روي أنه كان لحزن جد سعيد بن المسيب على علي بن أبي طالب رضي الله عنه مال فأحاله به على إنسان فمات المحال عليه فرجع حزن إلى علي وقال: قد مات من أحلتني عليه فقال: قد اخترت علينا غيرنا أبعدك الله، ولم يعطه شيئاً[٣].

والشاهد في هذا الخبر أنه لو كان للمحال له حق الرجوع لما جاز لعلي رضي الله عنه أن يمنعه منه وهو فعل اشتهر بين الصحابة ولم يعرف له مخالف[٤].

-أن قوله ﷺ "وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع" يدل بعمومه على أن المحال عليه أبداً[٥].

جاء في صحيح البخاري تعليقاً في باب الحوالة ما يلي:-

---

(١) المحلى ٥/ ١٠٩.

(٢) روضة الطالبين ٣/ ٤٦٦، البيان ٦/ ٢٨٨، المغني ٧/ ٦٠، الروض المربع ص٣٧٧.

(٣) الحاوي ٦/ ٤٢١.

(٤) الحاويي ٦/ ٤٢١، المحلى ٥/ ١٠٨.

(٥) البيان ٦/ ٢٨٩.

"وقال الحسن وقتادة إذا كان يوم أحاله عليه ملياً جاز"[١].

قال ابن حجر: "وهذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة والأثرم واللفظ له من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة والحسن أنهما سئلا عن رجل احتال على رجل فأفلس قالا: "إن كان ملياً يوم احتال فليس له أن يرجع"[٢] ثم قال بعد ذلك: واحتج الشافعي بأن معنى قول الرجل أحلته وأبرأني حولت حقه عني وأثبته على غيري"[٣].

-أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق وانتقاله والحق المحول لا يعود إلى ذمة المحيل إذا أفلس المحال عليه أو مات أو جحد الحوالة.

-إن الحوالة بمنزلة القبض فلا يرجع على المحيل كما لو قبض عن حقه عوضاً فتلف في يده[٤].

وقد ردّ على استدلال الحنفية بحديث عثمان بن عفان رضي الله عنه بالقول بأن الحديث من رواية شعبة عن خليد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان وفيه جهالة وانقطاع فالمجهول في الحديث هو خليد والانقطاع واقع بين معاوية بن قرة وعثمان رضي الله عنه.

ثم إن الحديث موقوف وليس مرفوعاً[٥]. ومن جهة أخرى قد ورد الحديث برواية فيها أن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال في حوالة أو الكفالة يرجع صاحبها... الخ. فكان هذا كما يقول الماوردي "شكاً يمنع من صحة الاستدلال لأن في الكفالة يرجع وفي الحوالة لا يرجع والشك يمنع تعيينه في الحوالة"[٦].

---

(١) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٦/ ٣٦٦.
(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٦/ ٣٦٦.
(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٦/ ٣٦٦.
(٤) روضة الطالبين ٣/ ٤٦٦، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣، البيان ٦/ ٢٨٨.
(٥) فتح الباري ٦/ ٣٥٦، المغني ٧/ ٦٠.
(٦) الحاوي ٥/ ٤٢٢.

لكن الشافعية يتساءلون عن المحال له لو شرط الرجوع على المحيل إذا أفلس المحال عليه أو كان مفلساً حين الحوالة؛ ويجيب النووي عن هذا التساؤل بقوله: فالصحيح "المختار الذي عليه جمهور الأصحاب أنه لا خيار للمحتال سواء شرط يساره أم أطلق وفي وجه يثبت خياره في الحالين، وفي وجه يثبت أن اشترط فقط واختار الغزالي الثبوت مطلقاً وهو خلاف المذهب"(١).

هذا وقد نقل ابن عبد البر القول عن عثمان البتي بأن المحيل لا يبرأ إلا باشتراط البراءة.

وأما إن كان الإحالة على مفلس فينظر إن كانت الإحالة دون علم المحال له يرجع عليه ولو اشترطت البراءة.

وإن أعلم المحيل المحال له بإفلاس المحال عليه وأبرأه لم يرجع عليه(٢).

براءة المحيل من دين الحوالة في القانون:

نصت المادة ١٠٠٢ على ما يلي:

يثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه ويبرأ المحيل من الدين ومن المطالبة به معاً إذا انعقدت الحوالة صحيحة.

ونصت المادة ١٠١٤ على ما يلي:

للمحال له أن يرجع على المحيل في الأحوال التالية:

١ - إذا فسخت الحوالة باتفاق أطرافها.

٢ - إذا جحد المحال عليه الحوالة ولم تكن ثمة بينة بها وحلف على نفيها.

---

(١) روضة الطالبين ٣/ ٤٦٦، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٣.

(٢) الاستذكار ٦/ ٢٢٤.

٣ - إذا مات المحال عليه مفلساً قبل أداء الدين.

٤ - إذا حكمت المحكمة بإفلاسه قبل الأداء.

٥ - إذا بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها وكانت غير مضمونة.

ويلاحظ على القانون ما يلي:

أن القانون المدني اعتبر أن الأصل هو براءة المحيل إذا عقدت الحوالة صحيحة كما ورد في نص المادة ١٠٠٢ لكنه استثنى حالات الجحود والهلاك والفسخ كما ورد في نص المادة ١٠١٤ فاعتبر جحود المحال عليه للحوالة وحلفه على نفيها دون تمكن المحال له من الإثبات سبباً مبرراً لرجوع المحال له على المحيل وهو بهذا الاستثناء قد أخذ بالمذهب الحنفي حيث يرى الإمام أبو حنيفة -كما ذكرنا من قبل- أن هلاك المحال به الذي يسبب رجوعاً على المحيل يكون بشيئين الأول: موت المحال عليه مفلساً والآخر جحود المحال عليه للحوالة ولا بينة للمحال له.

ولقد أوضحت من قبل أن رأي المالكية والشافعية كان واضحاً في أن المحال له لا يرجع على المحيل حتى ولو جحد عليه الحوالة.

لكن القانون بعدم نصه على جواز الرجوع على المحيل إذا أفلس المحال عليه أو مات مفلساً يكون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

إن القانون قد تعرض إلى مسألة اشتراط المحيل للمحال له يسار المحال عليه حيث نص في المادة ١٠١١ على ما يلي:

"إذا ضمن المحيل للمحال له يسار المحال عليه فلا ينصرف الضمان إلا إلى يساره وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك".

وهذا يؤيد رأي جمهور الفقهاء القائلين بأن الأصل في مثل هذه الحالة هو أن

إعسار المحال عليه بعد الحوالة لا يعطي المحال له حق الرجوع على المحيل.

ثبوت مطالبة المحال له المحال عليه:

إذا ما انعقدت الحوالة صحيحة فإن ما في ذمة المحيل ينتقل إلى ذمة المحال عليه، ويترتب على ذلك ثبوت حق مطالبة المحال له المحال عليه بما تمت الحوالة به قدراً وجنساً ووصفاً[١].

هذا ما أوضحناه من قبل من خلال كلامنا عن محل الحوالة وفي هذا يقول ابن حزم الظاهري:

"وتجوز الحوالة بالدين المؤجل على الدين المؤجل إلى مثل أجله لا إلى أبعد ولا إلى أقرب، وتجوز الحوالة بالحال على الحال، ولا تجوز بحال على مؤجل، ولا بمؤجل على حال ولا بمؤجل على مؤجل إلى غير أجله"[٢].

وما عليه الفقهاء هو ما أخذ به القانون المدني الأردني حيث نصت المادة ١٠٠٢ على ما يلي:

"يثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه، ويبرأ المحيل من الدين ومن المطالبة معاً إذا انعقدت الحوالة الصحيحة.

ونصت المادة ١٠٠٣ على أنه "ينتقل الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة".

بقاء ضمان الدين المحال به لصالح المحال:

إن ضمان الدين يبقى لصالح المحال رغم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٧.

(٢) المحلي ٥/ ١٠٩.

المحال عليه عدا الكفالة فإنها قائمة في غالب الأحيان على اعتبارات شخصية وعلاقات خاصة بين الكفيل والمكفول، ولذلك فإن الكفيل لا يجبر على نقل كفالته إلى المحال عليه لكنه إن رضي بالحوالة صحت كفالته، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني حيث نصت المادة ١٠٠٤ على ما يلي:

"١-تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين.

٢-ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة.

رجوع المحال عليه على المحيل إذا لم يكن له دين المحال عليه:

ذكرت فيما سبق أن الحنفية لا يشترطون لصحة الكفالة وجود دين للمحيل على المحال عليه خلافاً لجمهور الفقهاء القائلين بهذا الشرط.

وبينت أن القانون قد أخذ بما ذهب إليه الحنفية كما نصت المادة ٩٩٧.

والسؤال هنا إذا قبل المحال عليه الحوالة دون أن يكون عليه دين للمحيل فهل يرجع على المحيل؟ أم يكون متبرعاً فيما صنع؟

الذي عليه الحنفية أن للمحال عليه الرجوع بما دفعه عنه والذي عليه المالكية أن المحال عليه في مثل هذه الحالة يكون كفيلاً فتضم ذمته إلى ذمة المحيل بالمطالبة.

وقد أخذ القانون بما عليه الحنفية حيث نصت المادة ١٠٠٩ على ما يلي:

إذا تمت الحوالة المطلقة برضا المحيل فإن كان له دين عند المحال عليه جرت المقاصة بدينه بعد الأداء.)و هذه المادة بمنطوقها تبين أن للمحال عليه الرجوع على المحيل بعد أداء الدين للمحال له إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل في الأصل وإلا جرت المقاصة بينه وبين المحيل كما نصت المادة.

تسليم المحيل المحال له الوثائق المتعلقة بالدين المحال به:

نصت المادة ١٠١٠ من القانون المدني الأردني على ما يلي:

"على المحيل أن يسلم إلى المحال له سند الحق المحال به وكل ما يلزم من بيانات أو وسائل لتمكينه من حقه".

هذه المادة تفيد أن عقد الحوالة إذا تم فعلى المحيل أن يسلم المحال الوثائق المتعلقة بالدين إثباتاً وتوثيقاً لحقه. وقد ورد في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني ما يوضح مستند هذه المادة حيث بينت أن تمكن المحال له من الوصول إلى حقه واجب، وهذا الواجب لا يمكن تحقيقه إلا بتسلم الوثائق والمستندات المتعلقة بالحق المحال به.

ولما كانت قواعد أصول الفقه الإسلامي تبين أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب فقد وضعت هذه المادة استناداً إلى أصل شرعي[1].

حق التمسك بالدفوع المتعلقة بالدين:

نصت المادة ١٠٠٥ من القانون المدني الأردني على ما يلي:

"للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكل الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل، وله أن يتمسك بكل الدفوع التي للمحيل قبل المحال له".

إن مصطلح الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية في الدعاوي القضائية من المصطلحات القانونية الحديثة وهي وإن لم ترد بهذه المسميات عند الفقهاء فإنه لا مشاحة في الاصطلاح.

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٢/ ٦٤٢.

وإثبات مثل هذه المادة في مسألة الحوالة وغيرها لا يعارض نصاً تشريعياً أو أصلاً فقهياً. ويحقق مصلحة واضحة لأطراف الحوالة.

المطلب السادس: انتهاء عقد الحوالة

إذا انعقدت الحوالة صحيحة بتوافر مقوماتها فإن آثارها تبقى قائمة فيما يتعلق بأطرافها مادام المحال به لم يسدد للمحال له فإذا تم سداد الدين أو الإبراء منه أو حصلت أسباب أدت إلى سقوطه فإن الحوالة تنتهي إذ لا فائدة مترتبة على بقائها.

وقد بين الإمام الكاساني الحالات التي تنتهي بها الكفالة وهي:

١- إذا قام المحال عليه بأداء ما التزم به للمحال له.

٢- إذا وهب المحال له المال المحال به إلى المحال عليه وقبله.

٣- إذا تصدق المحال له بالمال المحال به على المحال عليه وقبله لأن التصدق والهبة بمنزلة الإبراء من الحق.

٤- إذا مات المحال له وورثه المحال عليه.

٥- إذا أبرأ المحال له المحال عليه من المال المحال به[١].

انتهاء الحوالة في القانون المدني الأردني:

نصت المادة ١٠١٧ من القانون على ما يلي:

"تنتهي الحوالة بأداء محلها إلى المحال له أداءً حقيقياً أو حكمياً".

وهذه المادة تشمل الحالات التي ذكرها كل من الكاساني وابن عابدين فالأداء الحقيقي يتمثل في قيام المحال عليه بالسداد الفعلي للدين إلى المحال له والأداء الحكمي يتمثل بالإبراء أو التصدق أو الهبة...

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٩، حاشية ابن عابدين ٨/ ٤.

الفصل الثاني: عقود التوثيقات المعاصرة

المبحث الأول: الرهن الحيازي والتأميني

تمهيد:

إن ارتباط أحد العوضين في عدد من العقود بالأجل لتعامل الناس بالتقسيط ولعدم وجود السيولة النقدية ولغير ذلك من الأسباب كانت الحاجة ماسة للرهن لتأمين العوض سواء كان نقدا أو عينا أو منفعة وكان في هذا نوع من حفظ الحق وتوثيقه.

وتولد عن ذلك دفع رسوم إضافية غير العوض لدائرة الأراضي المختصة لتوثيق الرهن أو فكه أو لدائرة السير لتثبيت الرهن أو فكه وارتبط بذلك دفع اجرة لمقدري الأراضي وللبنك.

وتبارت البنوك ومؤسسات الإقراض والبيع بالتقسيط في توثيق حقوقها بالرهن على العقارات والسيارات والسلعة المباعة منها والكفالة بالرواتب وغيرها وقد نظم القانون المدني والتجاري أحكام الرهن وغدت الحاجة ماسة لمعرفة أوجه التوافق بين الشريعة والقانون المعمول به في صور المعاملات الموثقة بالرهن وما يترتب عليها من أحكام فكان هذا المبحث ليعالج ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: أنواع الرهن في القانون المدني الأردني

الرهن : لغة الثبوت واصطلاحا: جعل عين مَالِيَّة وَثِيقَة بدين يسْتَوْفى مِنْهَا عِنْد تعذر وفائه[١] وأضيف الى التعريف أو من ثمنها[٢].

---

(١) الشربيني : الاقناع ٢/ ٢٩٧.

(٢) هيئة المحاسبة : المعايير الشرعية ص١٣٣، الموسوعة الكويتية ٢٣/ ١٧٥.

قسم القانون المدني الأردني الرهن إلى قسمين: رهن حيازي ورهن تأميني أو رسمي.

أساس هذا التقسيم مرتبط بالقبض فما كان قبضا حقيقيا بوضع اليد سمي بالرهن الحيازي وما كان عن طريق التسجيل والتوثيق فهو قبض حكمي سمي رهنا تأمينيا أو رسميا.

الرهن الحيازي:

لغة: الحيازة لغة : مصدر من حاز وهو :كل من ضم إِلَى نَفسه شَيْئا فقد حازه حوزا وحيازا وحيازة[١].

عرف الرهن الحيازي في المادة ١٣٧٢ بأنه " عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الراهن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين ".

وهذا متفق مع تعريف الفقهاء للرهن الحقيقي .

الرهن التأميني: ويسمى بالرهن السائل والساذج والذمة السائلة.[٢]

وقد عرف الرهن التأميني في المادة ١٣٢٢ بأنه " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون".

وهذا النوع من الرهن لا يقبض فيه الراهن المرهون متفق مع رأي المالكية على

---

(١) الكفوي : الكليات١ / ٣٦٠ مادة حاز.

(٢) طاهر : العقود المضافة ص٢٣٧.

أن القبض شرط تمام لا شرط لزوم ورأي الشافعية بعدم اشتراط النقل في المنقول[١]

ويشترط في الرهن التأميني التسجيل في دائرة الأراضي للعقارات وفي دائرة الترخيص للسيارات وهو ما نصت عليه المادة ١٣٢٣ - لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله ويلتزم الراهن نفقات العقد الا إذا اتفق على غير ذلك.

وهذا تنظيم من باب السياسة الشرعية يسهل اثبات الرهن أمام المحكمة ويمنع من التصرف بالمرهون ويحقق الأولوية عند تزاحم الديون ويعود بالقوة على أصل العقد .

ومن عيوب هذا الشرط زيادة تترتب على الدين هي الرسوم التي تتقاضاها هذه الدوائر عند تسجيل الرهن وعند فكه أو ازالته من قيودها.

المطلب الثاني : الفرق بين الرهن الحيازي والتأميني

ومعلوم أن غاية نوعي الرهن التوثيقية واحدة الا أنهما يختلفان فيما يلي:

١-الرهن الحيازي يشمل العقار والمنقول بينما الرهن التأميني يختص بالعقار ابتداءا ويستثنى عدد من المنقولات بنصوص قانونية.

وقد ورد حصر الرهن بالعقار في المادة ١/١٣٢٩من القانون المدني التي نصت على أنه " لا يجوز أن يقع الرهن التأميني إلا على عقار يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني أو حق عيني على عقار "

ولكن ورد ما يجيز رهن المنقولات رهنا تأمينيا ومنها مثلاً:

ما جاء في المادة ١٣٣٤ من القانون المدني : تسري احكام الرهن التأميني على المنقول الذي تقتضي قوانينه الخاصة تسجيله كالسيارة والسفينة.

---

(١) انظر مبحث الرهن اعلاه.

وما جاء في قانون ضمان الحقوق بالأموال المنقولة رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨ المادة ٦/أ. على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، يجوز رهن الأموال المنقولة والديون رهنا مجردا من الحيازة، ويستعاض عن الحيازة بإشهار الرهن وفقا لأحكام هذا القانون لتمام الرهن ولزومه ونفاذه في مواجهة الغير.

ب. يمنح إشهار الرهن وفقا لأحكام الفقرة (أ) من هذه المادة الدائن المرتهن حق تتبع المال المرهون في أي يد كانت وحق التقدم على الدائنين الآخرين في استيفاء الدين من العوائد وحصيلة بيع المال المرهون عند التنفيذ عليه وفقا لأحكام هذا القانون.

وهذا التنظيم من باب السياسة الشرعية ولكن الشريعة تشترط في المال المرهون شروطا منها أن يكون مباحا مما يورد قيدا شرعيا بتحريم رهن ما لا يعد مالا شرعا من الأعيان المحرمة وغيرها مثل أسهم البنوك الربوية.

تبقى حيازة المرهون في الرهن التأميني بيد مالك المرهون (المدين) بينما تنتقل حيازة المرهون في الرهن الحيازي إلى الدائن بمعنى أن الرهن التأميني يكون القبض فيه قبضاً حكمياً حيث يتم رهن العقار أو المنقول لدى الدوائر الرسمية المختصة، فإن كان المرهون عقاراً فإنه يرهن ويوثق لدى دائرة الأراضي وإن كان المرهون سيارة فإن الرهن يسجل ويوثق لدى دائرة الترخيص.

يشترط في الرهن التأميني التسجيل لدى الدائرة المختصة وهو ما نصت المادة ١٣٢٣ من القانون " لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله ويلتزم الراهن بنفقات العقد إلا إذا اتفق على غير ذلك " والرهن في مثل هذه الحالة لا يمنع تصرف الراهن بالمرهون حكماً تصرفاً لا يؤثر على حقوق المرتهن كما نصت المادة ١٣٣٥ " للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون رهناً تأمينياً دون أن يؤثر ذلك على حقوق المرتهن ".

المطلب الثالث: مشروعية الرهن التأميني

استدل العثماني على اباحة الرهن التأميني بما يلي: [١]

١ - إن المرتهن في (الرهن السائل) وإن كان لا يقبض الشيء المرهون، ولكنه في عموم الأحوال يقبض على مستندات ملكيته، فيحتمل أن يقال: إن الرهن قد تم بقبض المستندات، ثم صار الشيء المرهون كالعارية في يد الراهن.

٢ - إن علة اشتراط القبض في الرهن، كما ذكر الفقهاء، هو تمكن المرتهن من تسديد دينه ببيع ذلك الشيء عند الحاجة، وإن هذا المقصود حاصل في " الرهن السائل " على أساس شروط الاتفاقية المعترف بها قانونا، فيحتمل أن يكون القبض الحسي غير لازم في الصورة المذكورة، لحصول المقصود بهذه الشروط المقررة.

٣ - المقصود من الرهن هو توثيق الدين، وقد أجازت الشريعة لحصول هذا المقصود أن يحبس الدائن ملك المديون ويمنعه عن التصرف فيه إلى أن يتم تسديد الدين، فإن رضي الدائن بحصول مقصوده بأقل من ذلك، وهو أن يبقي العين المرهون بيد الراهن، ويبقى للمرتهن حق التسديد فقط، فلا يرى في ذلك أي محظور شرعي.

٤ - إن " الرهن السائل " فيه مصلحة للجانبين، أما مصلحة الراهن فظاهرة، من حيث إنه لا يحرم من الانتفاع بملكه، وأما مصلحة المرتهن، فمن حيث إنه يحتفظ بحق التسديد دون أن يضمن الشيء المرهون عند الهلاك، غاية الأمر أنه ربما يتضرر به الغرماء الآخرون عند إفلاس الراهن، فإن المرتهن يكون أحق بذلك الشيء ممن سواه من الغرماء، ولكن ضررهم هذا لم يعتبر شرعا فيما إذا كان الرهن مقبضا للمرتهن، وفيما إذا قبضه المرتهن، ثم استعاره الراهن منه، كما تقدم، فتبين أن مجرد هذا الضرر لا يفسد الرهن.

---

(١) العثماني : بحوث في قضايا فقهية معاصرة١/ ٢٠-٢١

٥ - إن القبض على الشيء المرهون ربما يكون متعذرا في التجارة الدولية، التي يكون البائع فيه ببلد، والمشتري ببلد آخر، والشيء المرهون يتطلب مؤونة كبيرة ونفقات باهظة لتحويله من محل إلى آخر، ولا سبيل لتوثيق الدين في مثل هذه الصورة إلا " بالرهن السائل ".

المبحث الثاني: أخذ الأجرة على الكفالة بالمال

تمهيد:

الكفالة ليست عقدا حديثا بل هي من العقود التي بينت أحكامها في كتب الفقه ولكن الهيئات الشرعية ومستشاري البنوك اللاربوية اضطروا إلى تأصيل عدد من المعاملات التي تجريها هذه البنوك وبيان شرعيتها لتعمل بها هذه البنوك واعتمدت في اجتهادها على تكييفها ثم تخريجها عل أقرب الأصول إليها ومن بين هذه المعاملات خطاب الضمان الذي تقدمه البنوك للتجار ليتمكنوا من استيراد السلع والبضائع مقابل أجرة تتقاضاها هذه البنوك والذي تم تكييفه بأنه وكالة بأجر وكفالة على تفصيل في ذلك كان لابد من البحث عن تخريج فقهي للأجر الذي تتقاضاه هذه البنوك مقابل هذا العقد.

وامتاز الاجتهاد المعاصر بأمرين الأول: التجزيء بحيث تعطى لكل حالة حكما مستقلا وعدم أخذها برمتها مما يفسح مجالا للاستثناء، الثاني: التخريج على العقود المسماة والفروع المبحوثة في كتب الفقه ، وعدم الاعتداد بالأسماء فقط بل البناء على مضامينها وبهذا لا تتناقض المنظومة الفقهية المتكاملة وكان يمكنها بناء المعاملات المعاصرة على أصل الإباحة واعتبارها أصولاً مستقلة دون الحاقها بالعقود السابقة، وقد رأينا كيف حرمت الجعالة عند الحنفية عند بناء أحكامها على الإجارة ،وهذا المخرج يجعل من العقود المعاصرة أصولا تستخرج لها الأحكام التي تضبطها وتحقق الغاية التي شرعت من أجلها.

وفيما يلي عرض لطريقة تناول الفقهاء المعاصرين لهذه المسألة باختصار شديد وهي أنموذج لضعف هذا الأسلوب حيث ما من تخريج يسلم من النقض وهو مذكر بتخريجات مسألة التأمين التي لم يخل واحد منها من الاعتراض.

وقد اختلف العلماء المعاصرين في المسألة على قولين:

الأول: القول بتحريم أخذ الأجرة على الكفالة بالمال.

الثاني: القول بإباحة أخذ الأجرة على صور من الكفالة بالمال.

وسنعرضها في المطالب التالية

المطلب الأول: تحريم أخذ الأجرة على الكفالة بالمال

وممن ذهب إلى هذا القول مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي [١] وأبو غدة من المعاصرين [٢] ويستدل لهم بما يلي:

١-**الاجماع**: ونقله ابن المنذر حيث قال: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل، لا تحل، ولا تجوز)[٣].

٢-باعتبار الصورة المعاصرة هي عين صورة الكفالة وبالتخريج عليها تكون حراما لأن هذا هو ما ذهب إليه أئمة المذاهب المتبوعة الحنفية[٤] والمالكية [٥] والشافعية[٦] والحنابلة[٧] استنادا إلى وصفها بأنها عقد التبرع.

٣-**عقد الكفالة**: عقد تبرع محض وأخذ الاجر يجعله عقد معاوضة، قال:

(١) جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم (٥) المؤتمر الثاني للمجمع ١٩٨٥م ما نصه: "إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً". والمنشور في مجلة المؤتمر على موقع الشاملة٢/ ١٠٣٠

(٢)أبو غدة : عبد الستار،خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٢ ص٩٣٥

(٣)ابن المنذر : الاشراف٦/ ٢٣٠

(٤) السرخسي : المبسوط ٣٠/ ١٤٨، شيخي زادة : مجمع الأنهر٢/ ١٣٠

(٥) الزرقاني : الشرح٦/ ٤١، المواق: التاج والاكليل٧/ ٥٣

(٦) الشربيني : مغني المحتاج٣/ ٢١٤

(٧) الكرمي : غاية المنتهى١/ ٦٢١

(الْأَبْهَرِيُّ: لَا يَجُوزُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مَعْرُوفٌ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ عِوَضٌ عَنْ مَعْرُوفٍ وَفِعْلِ خَيْرٍ كَمَا لَا يَجُوزُ عَلَى صَوْمٍ وَلَا صَلَاةٍ؛ لِأَنَّ طَرِيقَهَا لَيْسَ لِكَسْبِ الدُّنْيَا. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا خَيْرَ فِي الْحَمَالَةِ بِجُعْلٍ.)[١]

٤-عقد الكفالة من العقود التي لا تفعل إلا قربة لوجه الله تعالى فأخذ الأجر عليها حرام قياسا على الصلاة والصيام قال الشنقيطي: (ولا خلاف في منع صريح ضمان بجعل؛ لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا تفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت)[٢]

٥-استحقاق الاجر يكون في مقابلة مال أو عمل وعقد الكفالة ليس مالاً ولا عملاً[٣] فأخذه أكل لمال الغير بالباطل وورود الاحتمال في عقد الاجر على الكفالة يجعله من عقود الغرر المنهي عنها[٤].

٦-أخذ الأجر على الكفالة يدخل تحت القرض الذي جر نفعاً المنهي عنه[٥].

---

(١) المواق: التاج والاكليل٧/ ٥٣

(٢)الشنقيطي: لوامع الدرر٨/ ٣٦٩

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع ٦/ ٧٦

(٤) حماد: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان ص٣٠٥،

(٥) حماد: مدى جواز أخذ الاجر على الضمان ص٣٠٧

المطلب الثاني: إباحة أخذ الأجرة على صور من الكفالة

وممن ذهب إلى هذا القول الزحيلي [١] ونزيه حماد[٢] وغيرهم[٣] ويستدل لهم بما يلي:

١-القياس على جواز أخذ العوض على الجاه الذي أخذ به الشافعية والحنابلة[٤] ، فإذا جاز أخذ العوض على الجاه جاز أخذ العوض على الضمان؛ لأن الجاه شقيق الضمان.[٥]

٢-قياساً على اباحة شركة الوجوه عند الحنفية والحنابلة [٦]التي يحل فيه الربح مقابل الضمان لأن هذا النوع من الشركات لا يقوم على عمل ولا مال

٣-تخريجاً على المشهور عند المالكية على أنه يجوز شرعًا أن يجعل رب الدين أو غيره للمدين جعلًا إن جاءه بضامن يكفل دينه. قال في الشرح الكبير: "وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بحميل فإنه جائز" [٧]. وغيرها من التخريجات

---

(١) الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته٦/ ٤١٧٨.

(٢) حماد: نزيه ، مدى جواز أخذ الاجر على الضّمان ،ضمن كتاب قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص٣٠٨.

(٣) الدبيان: دبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة١٢/ ٤٧١.

(٤) النووي: المجموع١٥/ ١٢٠، ابن مفلح : المبدع ٤/ ٢٠٢.

(٥) الدبيان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة١٢/ ٥٠٦.

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع٦/ ٥٧،ابن قدامة : المغني٥/ ١١.

(٧) الدردير : الشرح الكبير٣/ ٣٤١.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

رد المبيحون على المحرمين بأن دليل الإجماع لا يسلم لوجود رأي لاسحاق بن راهوية يخالفه[١] وأن عقد الكفالة ليس تبرعا محضا بل يعود على المكفول بما دفع في عدد من الصور فهي تبرع ابتداءا معاوضة انتهاءا وإن صح أنها لوجه الله أحيانا ففي أحيان أخرى تكون لغاية أخرى .

ورد المحرمون على المجيزين: أن قياس الكفالة على أخذ العوض على الجاه وشركة الوجوه وغيرها من منصور القياس لوجود وجه تشابه فإن العقود لا تلغى خصائصها لوجود وجوه من التشابه [٢]

ومما يستفاد من دراسة هذه المسألة:

١-أن البنوك اللاربوية فرضت بدائل لمعاملات البنوك الربوية في صراعها معها لأثبات قدرتها على تلبية حاجات المتعاملين معها والاستغناء عن البنوك الربوية

٢-أن هذه البدائل ليست سوى حلول مرحلية لا تتناسب مع الاقتصاد الإسلامي في ظل تحكيم الشريعة الإسلامية ولكنها مذكرة بوجوب الرجوع للأصل

٣-أن أصل الاباحة في المعاملات مقيد بما لا يتعارض مع علل التحريم وأن الحلول الترقيعية لا تغني عن الحاجة إلى بدائل أكثر نقاءاً.

ومما سبق فالقول بإباحة أخذ الأجرة على الكفالة في حدود ضيقة وبضوابطه الشرعية تقتضيه المصلحة وهو نوع من معالجة عدم الثقة والتهيب من التبرع ولقيام المعاملات على المشاحة.

---

(١) الكوسج: مسائل الامام أحمد واسحاق بن راهويه ٦/ ٣٠٥٥مسألة رقم ٢٢٩٩.

(٢) وهذا الاختصار لأدلة الفريقين وردودهم للتعريف بهذه المسألة ولا يغني عن الرجوع إلى الأبحاث المشار إليها في مراجع البحث.

المصادر

١- آبادي، محمد شمس الحق العظيم، التعليق المغني على سنن الدارقطني، (القاهرة: دار المحاسن للطباعة).

٢- البابرتي، محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية، (مصر: مكتبة ومطبعة البابي الحلبي).

٣- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٤-١٩٨٤).

٤- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، (الرياض:مكتبة الرشد،١٤٢٧/ ٢٠٠٦)، ط٢.

٥- البهوتي، منصور بن يونس.

- الروض المربع شرح زاد المستقنع، (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ١٣٩٠).
- كشاف القناع على متن الإقناع، (مكة: مطبعة الحكومة، ١٣٩٤/ ١٩٧٤)

٦- البيهقي، أبوبكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، (الهند: مطبعة دار المعارف، ١٣٥٣-١٩٣٣).

٧- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، «بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤/ ٢٠٠٢)، ط١

٨- ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (بيروت: دار الفكر).

٩- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، (بيروت: دار الكتاب، ١٩٩٢).

١٠- ابن جزي، محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية، (بيروت: دار العلم للملايين).

١١- ابن حجر، أحمد بن علي،

- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،(مصر: مكتبة الكليات الأزهرية)
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، (بيروت: دار الفكر).

١٢- الحاكم، أبو عبدالله، المستدرك على الصحيحين، (حيدر آباد: دائرة المعارف العثمانية).

١٣- ابن حزم، محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، تحقيق أحمد محمد شاكر،(القاهرة: دار التراث)

١٤- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (بيروت: دار الفكر،١٣٩٨/ ١٩٧٩)

١٥- حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي حسين، (بيروت: دار الجيل، ١٩٩١)، ط١.

١٦- الخرشي، أبو عبد الله محمد. شرح الخرشي على مختصر خليل، (بيروت: دار الفكر).

١٧- الدارقطني، علي بن عمر. سنن الدارقطني، (القاهرة: دار المحاسن للطباعة).

١٨- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، (الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢٤/ ٢٠٠٣)، ط١.

١٩- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، (بيروت: دار الفكر).

٢٠- الدسوقي، محمد بن عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (مصر: دار الفكر).

٢١- الرازي، محمد بن أبي بكر. مختار الصحاح، (بيروت: دار الفكر).

٢٢- الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز شرح الوجيز، (مصر: مطبعة التضامن الأخوي).

٢٣- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (بيروت: دار الفكر)

٢٤- الرملي، محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

٢٥- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، (بيروت: دار المعرفة، ١٣١٣/ ١٨٩٣)، ط٢.

٢٦- السرخسي، أبوبكر محمد بن أحمد. المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٦/ ١٩٨٦).

٢٧- الشربيني، محمد الخطيب،
• مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (دمشق: المكتبة الإسلامية).
• الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ط١.
٢٨- الشيرازي، المهذب في فقه الشافعي، (بيروت: دار المعرفة)، ط٢.
٢٩- الشوكاني- محمد بن علي. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، (بيروت: دار القلم).
٣٠- الشيباني، محمد، تبيين المسالك، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩١)، ط١.
٣١- ابن أبي شيبة – أبوبكر عبد الله بن محمد، المصنف، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦-١٩٩٥)، ط١.
٣٢- الصنعاني، عبدالرزاق بن همام، المصنف، (الهند: المجلس العلمي،١٣٩٣/ ١٩٧٣)، ط١.
٣٣- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل في شرح الدليل، (الرياض: مكتبة المعارف، ١٤١٧-١٩٩٦).
٣٤- ابن عابدين، محمد أمين بن السيد عمر. حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، (بيروت: دار الفكر، ١٣٨٦-١٩٦٦)، ط٢
٣٥- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبدالله. الكافي على مذهب أهل المدينة، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٧)، ط١.
٣٦- ابن العربي، أبوبكر محمد بن عبدالله، أحكام القرآن، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، (بيروت: دار الفكر).
٣٧- العسقلاني، أحمد بن حجر، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، (القاهرة: شركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٨٤/ ١٩٦٤).
٣٨- عليش، محمد بن أحمد، فتح العلي المالك على مذهب الإمام مالك، (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي).
٣٩- العمراني، يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مصر: دار الكتب العلمية).
٤٠- غنايم، الشركات التجارية في الإمارات، (القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٨٤)، ط١.
٤١- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب. القاموس المحيط، (بيروت: مؤسسة الرسالة).
٤٢- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، (بيروت:دار القلم).
٤٣- ابن قدامة- موفق عبدالله بن قدامة المقدسي:
• المغني على مختصر الخرقي، ضبط عبد السلام محمد شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية،١٤١٤- ١٩٩٤)، ط١.
• الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، (بيروت: المكتب الإسلامي).
٤٤- القرطبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، (بيروت: مؤسسة مناهل العرفان).
٤٥- ابن قيم الجوزية، أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، إعلام الموقعين، (بيروت: دار الجيل).
٤٦- الكاساني، أبوبكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (مصر: مطبعة الإمام).
٤٧- ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، (الرياض: دار طيبة).
٤٨- الكرمي، مرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى.
٤٩- الكشناوي، أبو بكر، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، (بيروت: دار الفكر).
٥٠- ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، (بيروت: دار الفكر).
٥١- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق علي عوض، (بيروت: دار الكتب العلمية).
٥٢- المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، (مصر: المطبعة الأمرية ببولاق).
٥٣- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، (الإسكندرية: دار الدعوة، ١٤٠٢)، ط٣.
٥٤- المنذري، الترغيب والترهيب، (بيروت: دار الفكر).

٥٥- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، (بيروت: دار صادر)، ط١.

٥٦- المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، (بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨)، ط٢.

٥٧- الميداني، عبد الغني، اللباب في شرح الكتاب، (بيروت: دار الفكر).

٥٨- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، (القاهرة: مؤسسة الحلبي، ١٣٨٧/ ١٩٦٨).

٥٩- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي، (الرياض: دار السلام، ١٤٢٠/ ١٩٩٩)، ط١.

٦٠- النظام، ومجموعة من العلماء، الفتاوى الهندية، (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

٦١- النووي، يحيى بن شرف الدين:

- روضة الطالبين وعمدة المفتين: (دمشق: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥/ ١٩٨٥)، ط٢
- المجموع شرح المهذب، (بيروت: دار الفكر، ١٩٩٧).

٦٢- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، (الرياض: دار السلام، ١٤١٩/ ١٩٩٨)، ط١.

٦٣- الهروي، نور الدين أبو الحسن علي بن سلطان، فتح باب العناية بشرح النقاية، (بيروت: دار الأرقم، ١٩٩٧)..

٦٤- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن إسماعيل، شرح فتح القدير على الهداية، (بيروت: دار إحياء التراث).

الكتب الحديثة:

٦٥- الاحسائي، عبدالعزيز آل مبارك. تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، (بيروت: دار القلم).

٦٦- الأشقر، محمد سليمان، زبدة التفاسير، (عمان: دار النفائس).

٦٧- البركي، محمد بن سالم يوسف، شركات الأشخاص، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤٢٦-٢٠٠٥)، ط١.

٦٨- ثروت، عبد الرحيم، الوجيز في القانون التجاري، (مصر: دار النهظة العربية، ١٩٨٥)، ط١.

٦٩- جميل – هاشم . تيسير فقه المعاملات (مذكرة).

٧٠- الجلعود، عبدالرحمن بن عثمان، أحكام لزوم العقد، (الرياض: دار كنوز إشبيليا).

٧١- حماد، نزيه، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، (دمشق: دار القلم، ١٤٢١-٢٠٠١)، ط١.

٧٢- خليل، رشاد حسن، الشركات في الفقه الإسلامي، (بيروت: دار الفكر).

٧٣- الخياط، عبد العزيز، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون، (بيروت: مؤسسة

٧٤- الرسالة، ١٤٠١)، ط١.

٧٥- الدبو، إبراهيم فاضل، شركة العنان في الفقه الإسلامي، (عمان: مكتبة الأقصى، ١٤٠٣ - ١٩٨٣)، ط١.

٧٦- الدردير، أحمد، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، (مصر: دار المعارف).

٧٧- الزرقا – مصطفى أحمد.

- المدخل الفقهي العام، (دمشق: دار القلم)، ط١.
- العقود المسماة في الفقه الإسلامي، (دمشق: دار القلم).

٧٨- الزيادات، عماد عبد الحفيظ، شركة الأعمال وأحكامها في الفقه الإسلامي، (عمان: دار النفائس،١٤٢٨-٢٠٠٨)، ط١.

٧٩- سوار، وحيد الدين، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، (عمان: دار الثقافة).

٨٠- الشقفة، محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، (دمشق: دار القلم، ١٤٢٢-٢٠٠١)، ط١.

٨١- طهماز، محمود عبد الحميد، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، (دمشق: دار القلم، ١٤٢٢-٢٠٠١)، ط١.

٨٢- العيني، محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، (بيروت: دار الفكر).

٨٣- ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، (مصر: مكتبة الخانجي).

٨٤- فيض الله، محمد فوزي، فصول من الفقه الإسلامي العام، (دمشق: مؤسسة الرسالة).

٨٥- القليصي، علي أحمد، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، ١٤٢٦- ٢٠٠٥)، ط٦..
٨٦- المشهداني، أحمد محمد، شركات العقود في التشريع الإسلامي، (بيروت: دار الفكر).
٨٧- مطيرة، خير عبدالراضي، فقه المعاملات،دراسة مقارنة، من كتاب أضواء البيان للشيخ محمد الأمين الشنقيطي.
٨٨- المواق، محمد بن يوسفن التاج والإكليل شرح مختصر خليل، (ليبيا: مكتبة النجاح).
٨٩- الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، (بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٥-١٩٧٥).
٩٠- ابن نجيم، زيد بن إبراهيم، البحر الرائق، (بيروت: دار المعرفة).
٩١- وزارة الأوقاف، الكويت، الموسوعة الفقهية.
٩٢- الموصلي ، عبدالله بن محمود ،الاختيار شرح المختار،(دمشق: دار البشائر،١٩٩٦م) ط١.
٩٣- ابن نجيم ،زين الدين ، الأشباه والنظائر ، (دمشق: دار الفكر) ط١.
٩٤- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ) ،ط(١).
٩٥- الحجاوي، أبو النجا موسى ، الإقناع لطالب الانتفاع،(الرياض: وزارة الأوقاف ،السعودية، ١٩٩٨م)، ط٢.
٩٦- المرداوي ، أبو الحسن علي ،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،(الرياض: دار هجر ، ١٩٩٥م) ، ط١.
٩٧- الكاساني، علاء الدين أبو بكر ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،(بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م)، ط٢
٩٨- ابن رشد الحفيد ،أبو الوليد محمد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد(بيروت: دار القلم، ١٩٨٨م)،ط١
٩٩- الزبيدي، السيد مرتضى ،تاج العروس من جواهر القاموس(الكويت: مطبعة الكويت)،١٤٠٨هـ
١٠٠- الزنجاني ، محمود بن أحمد ،تخريج الفروع على الأصول: (بيروت: مؤسسة الرسالة)، ط(٥).
١٠١- الجرجاني، الشريف علي بن محمد ،التعريفات : (بيروت :دار السور،سنة النشر (بدون) ط(بدون
١٠٢- المناوي، عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف(القاهرة :عالم الكتب ، ١٩٩٠)ط١
١٠٣- الدسوقي ،شمس الدين محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: مطبعة عيسى الحلبي سنة النشر(بدون» ، ط(بدون)
١٠٤- ابن عابدين ، محمد أمين، حاشية ابن عابدين(رد المحتار على الدر المختار) (القاهرة: مطبعة عيسى الحلبي ،١٣٨٦هـ) ، ط٢
١٠٥- الماوردي، أبو الحسن علي، الحاوي الكبير (بيروت: دارالكتب العلمية، ١٩٩٤ م) ط١.
١٠٦- النووي، أبو زكريا يحيى:
- روضة الطالبين (بيروت: دارالكتب العلمية، ١٩٩٢ م) ط١.
- شرح صحيح مسلم (بيروت: دار إحياء التراث العربي ،١٣٤٧هـ)
١٠٧- الترمذي، أبو عيسى محمد، سنن الترمذي، (بيروت: دار الفكر ،١٩٨٣م) ط٢.
١٠٨- أبو داوود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داوود، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)
١٠٩- الرصاع، أبو عبد الله محمد، شرح حدود ابن عرفة (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٨٣م)، ط١.
١١٠- الدردير، أبو البركات أحمد، الشرح الصغير (القاهرة: دار المعارف، ١٩٧٤م) ط١.
١١١- ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبو الفرج، الشرح الكبير (الرياض: دار هجر١٩٩٥م)
١١٢- المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن، العدة شرح العمدة (القاهرة: مؤسسة قرطبة)
١١٣- المناوي، محمد عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، (بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠م) ط(بلا)،

١١٤- ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهية (القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥١م) ط١
١١٥- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، الكافي في الفقه على مذهب أهل المدينة (أبو ظبي: مؤسسة النداء،٢٠٠٤)، ط١
١١٦- ابن منظور، محمد بن مكرم ،لسان العرب(بيروت : دار صادر)
١١٧- السرخسي ،شمس الدين ،المبسوط(بيروت: دار المعرفة،١٩٧٦م)،ط٣
١١٨- ابن حزم ، علي بن أحمد ، المحلى (بيروت: دار الكتب العلمية ،١٩٨٨م) ،ط١
١١٩- الإمام مالك، المدونة الكبرى(بيروت: دار صادر) طبعة جديدة.
١٢٠- الشربيني، محمد الخطيب ، مغني المحتاج (بيروت: دار الفكر، سنة النشر (بدون) ط(بدون).
١٢١- ابن قدامة ، موفق الدين عبدالله بن احمد،
١٢٢- المقنع(الرياض: دار هجر، ١٩٩٥م)ط١
١٢٣- المغني(بيروت: دار الفكر،١٩٩٧م) ط٣
١٢٤- الزركشي ،بدر الدين محمد بن بهادر، المنثور في القواعد(فقه شافعي)(الكويت: ، وزارة الأوقاف الكويتية١٩٨٥م) ،ط(٢)
١٢٥- عليش، محمد ،منح الجليل شرح مختصر خليل(بيروت: دار الفكر، ١٩٨٤م)،ط١
١٢٦- الرملي، أبو العباس محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج(القاهرة: مكتبة مصطفى الحلبي،١٩٦٧م)ط٢
١٢٧- السعد ،أحمد والعمري، محمد، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي(الكويت :الأمانة العامة للأوقاف، ٢٠٠٠م)
١٢٨- المهيدب، خالد بن هدوب، أثر الوقف على الدعوة إلى الله تعالى، (الشارقة: الأمانة العامة للأوقاف، سنة النشر (بدون»
١٢٩- أبو البصل، عبد الناصر ،أحكام التركات في الفقه والقانون إربد: مؤسسة حمادة، ،الأردن، ١٩٩٩م)
١٣٠- شلبي، محمد، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون،(بيروت: مكتبة مكاوي ،١٩٧٩م)
١٣١- أبو غدة، عبدالستار، (أوفوا بالعقود تعريف مبسط بأحكام عقود المعاملات المالية)(دبي: شركة منهاج للاستشارات المالية الشرعية
١٣٢- فراج ، أحمد حسين ،أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية(بيروت: الدار الجامعية، ١٩٨٩م)
١٣٣- الكبيسي ،محمد عبيد ، أحكام الوقف في الفقه الإسلامي،(بغداد: مطبعة الإرشاد ،١٩٧٧م)
١٣٤- السباعي ،مصطفى ، الصابوني عبد الرحمن ، الأحوال الشخصية : ، مطبعة جامعة دمشق، دمشق ، ط٣، ١٩٧٠م
١٣٥- طلافحة، محمد محمود ،تفسير ألفاظ المكلفين في العقود والتصرفات الانفرادية،(عمان: دار عماد الدين للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩م»،ط١
١٣٦- الزحيلي ،وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته ،(دمشق: دار الفكر ،١٩٩٧م)،ط٤
١٣٧- حميش ، عبد الحق ، وشواط ،الحسين، فقه العقود المالية، ،(دار البيارق: عمان، ٢٠٠١
١٣٨- السعد، احمد ،فقه المعاملات (دار الكتاب الثقافي: اربد،٢٠٠٧) ،ط١
١٣٩- طلافحة ، محمد محمود، قاعدة:" تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" وتطبيقاتها الفقهية والقانونية في مجال المعاملات المعاصرة: (الرياض، مكتبة الرشد، ٢٠٠٨)، ط١
١٤٠- قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٩
١٤١- القانون المدني الأردني ١٩٧٦
١٤٢- شبير ،محمد عثمان ، المدخل الى فقه المعاملات المالية ،(عمان: دار النفائس،٢٠٠٩) ط٢
١٤٣- زيدان ،عبدالكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية(بيروت: دار الرسالة،١٩٩٩)ط١٦
١٤٤- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ،المعايير الشرعية(المنامة: البحرين ، ٢٠١٠)

١٤٥- حدّاد، أحمد، من فقه الوقف،(دبي: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري ، ٢٠١٤م)ط٢
١٤٦- لجنة الموسوعة الفقهية، الموسوعة الفقهية ،(الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ٢٠٠٥م)
١٤٧- الجبوري ،عبدالله ،الوجيز في أحكام الوقف في الفقه الإسلامي ،(الشارقة: الأمانة العامة للأوقاف،٢٠١٣م) ط٢
١٤٨- التاويل، محمد ، الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي ،(المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ٢٠٠٤)
١٤٩- الزحيلي، وهبة ،الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ،(دمشق: دار الفكر، ١٩٨٧م)ط١
١٥٠- أبوليل، محمود الوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية: (العين، جامعة الإمارات العربية المتحدة،٢٠٠٣م)،ط١
١٥١- كمال الدين ، محمد، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي،(بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢م)،ط١
١٥٢- أبو يحيى ،محمد ،و شبير، محمد، و الدبو، إبراهيم، فقه معاملات ٢،(عمان: منشورات جامعة القدس المفتوحة، ٢٠٠٣م)ط٢.

الفهرس

الباب الأول

الباب الثاني






دار النفائس
للنشر والتوزيع